



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

RICARDO ALONSO GARCÍA

**La puesta en práctica por la *Corte Costituzionale*
de la protección multinivel de derechos en la UE**

Parte II: Asunto *Consob*

WP IDEIR nº 38 (2021)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© Ricardo Alonso García 2021

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

*La puesta en práctica por la Corte Costituzionale de la protección multinivel de derechos en la UE**

Parte II: Asunto *Consob*

Ricardo Alonso García**

1. Tras las vicisitudes vividas en las relaciones entre el ordenamiento constitucional italiano y el Derecho de la Unión con ocasión de la “saga Taricco”, la *Corte Costituzionale* (en adelante, CC) volvió a dirigirse al Tribunal de Justicia (en adelante, TJUE) mediante Auto 117/2019, de 10 de mayo, cuestionando la compatibilidad con el derecho fundamental a guardar silencio de una normativa europea si llegara a entenderse que ésta obligaría a sancionar a quien se negara a responder a preguntas de la autoridad competente de las que pudiera resultar su propia responsabilidad por una infracción castigada con sanciones administrativas de carácter “punitivo”.

Los hechos que aquí interesan reseñar eran los siguientes: la Comisión Nacional del Mercado de Valores de Italia (en adelante, Consob¹) sancionó administrativamente al Sr. DB (por un importe total de 300.000 euros) por uso indebido de información privilegiada; además, le impuso otra multa (de 50.000 euros) debido a que, tras solicitar DB reiteradamente un aplazamiento de la fecha de la audiencia a la que había sido citado en calidad de persona informada de los hechos, se había negado a responder a las preguntas que se le habían formulado cuando compareció en dicha audiencia. También fue sancionado por la misma Consob, finalmente, con la pérdida temporal de la honorabilidad para el ejercicio de la profesión (durante 18 meses), al tiempo que veía sus bienes confiscados por un valor equivalente al beneficio obtenido (por un importe de casi 150.000 euros)².

Desestimados por el Tribunal de Apelación de Roma los recursos interpuestos contra tales sanciones, el Tribunal Supremo de Casación, conociendo del asunto, decidió suspender el litigio cuestionando ante la CC la constitucionalidad de la previsión legal que habría habilitado a la Consob para sancionar los incumplimientos de sus requerimientos y la no cooperación con el efecto de dificultar el desarrollo de sus funciones de supervisión o retrasar el ejercicio de las mismas. Según la *Corte di Cassazione*, dicha previsión sería

* Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación más amplio financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del que el autor es su investigador principal (PID2019-108719GB-I00) y cuyo título es “El principio de lealtad en el sistema constitucional de la Unión Europea”.

** Catedrático de Derecho Administrativo y de la Unión Europea. Miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional.

¹ *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*.

² Por otro lado, en un procedimiento penal paralelo, DB fue imputado por el delito de operar con información privilegiada, resultando condenado, tras un pacto alcanzado con la fiscalía, a 11 meses de prisión y al pago de una multa de 300.000 euros.

contraria al artículo 24 de la Constitución italiana, al 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), al 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y al 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículos todos ellos concernientes al derecho de defensa. Concretamente, la *Corte di Cassazione* cuestionó que la referida potestad sancionadora de la Consob respetara el derecho de toda persona a no declarar o cooperar en su propia contra en el marco de procedimientos administrativos encaminados a la imposición de sanciones de carácter sustancialmente “punitivo”.

2. Así las cosas, de nuevo ahora, como en su momento hizo al cuestionar la doctrina del TJUE sentada en el *asunto Taricco e.a.* (STJUE, 8 de septiembre de 2015, C-105/14), la CC contextualizó el cuestionamiento de la constitucionalidad de la legislación italiana en el marco del “recordado espíritu de cooperación leal entre los órganos jurisdiccionales nacionales y los europeos en la definición de niveles comunes de protección de los derechos fundamentales —objetivo primordial en una materia como la del presente asunto, que ha sido objeto de armonización normativa—”.

Y con ese espíritu como trasfondo, la CC consideró que, “antes de decidir sobre la cuestión de inconstitucionalidad que se le ha planteado, es preciso interrogar al Tribunal de Justicia sobre la correcta interpretación y, en su caso, sobre la validez, a la luz de los artículos 47 y 48 de la Carta”, de la normativa europea³ que estaría en el origen de la legislación nacional cuestionada⁴.

Persistió también la CC en su estrategia desplegada en el contexto de *Taricco*, con las mismas bondades (intentando guiar al TJUE en su lectura de la CDFUE a la luz de la jurisprudencia del TEDH y de las tradiciones constitucionales comunes) y las mismas carencias (traducidas dichas tradiciones en la singularidad italiana).

En efecto, hizo especial hincapié la CC en la STEDH *J.B. c. Suiza*, de 3 mayo de 2001, que afirmó la necesidad de reconocer todas las garantías que el CEDH atribuye en materia penal, en particular el “derecho a no declarar”, a una persona contra la que había en curso una inspección administrativa de carácter fiscal y a la que se habían impuesto sanciones económicas de naturaleza “punitiva”, por haberse negado en reiteradas ocasiones a responder a las solicitudes de aclaración de la autoridad competente para llevar a cabo esa inspección.

En cambio y como señalaba, el análisis de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros quedó circunscrito, sólo y exclusivamente, al ámbito del propio ordenamiento

³ Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) -aplicable *ratione temporis*-, y Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión, que imponen a los Estados miembros la obligación de sancionar la falta de cooperación con la autoridad responsable de la supervisión del mercado.

⁴ Decreto Legislativo n. 58/1998, de 24 de febrero, relativo a la protección de la actividad de supervisión del Banco de Italia y de la Comisión Nacional de Sociedades y Bolsa.

italiano, refiriéndose la CC a su “reiterada jurisprudencia relativa al «derecho a no declarar» del imputado, según la cual ese derecho, aun no estando expresamente reconocido en la Constitución, constituye el «corolario esencial de la inviolabilidad del derecho de defensa» y garantiza al acusado la posibilidad de negarse a prestar declaración y, con carácter más general, a acogerse a la facultad de no responder a las preguntas del juez o de la autoridad encargada de la instrucción”. Reconoció la CC, no obstante, que hasta el momento no había tenido “la oportunidad de apreciar si, y en qué medida, el citado derecho a no declarar, que forma parte de los derechos inalienables de la persona que caracterizan la identidad constitucional italiana, resulta de aplicación en procedimientos administrativos dirigidos a la imposición de una sanción de carácter «punitivo» según los criterios Engel” (cfr. STEDH *Engel y otros y Países Bajos*, de 8 de junio de 1976). Pero también recordó, por otro lado, cómo había declarado en múltiples ocasiones que “determinadas garantías en materia penal, consagradas en el CEDH y en la propia Constitución italiana [como la irretroactividad *in peius* y la retroactividad *in mitius*], se extienden a las sanciones administrativas de carácter «punitivo»”, como era el caso de las previstas en el ordenamiento italiano en materia de abuso de información privilegiada (según habría reconocido el propio TJUE en los *asuntos acumulados Di Puma y CONSOB*, C-596/16 y C-597/16, resueltos por Sentencia de 20 de marzo de 2018).

Por su parte, el Abogado General que conoció del asunto en Luxemburgo, el estonio Priit Pikamäe, no se refirió ni una sola vez a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros a lo largo de sus Conclusiones, presentadas el 27 de octubre de 2020. Tampoco lo haría el TJUE, como veremos, al resolver el mismo mediante Sentencia dictada el 2 de febrero de 2021. Bien es cierto, conviene advertir, que ahora, a diferencia de lo que sucedía en la “saga Taricco”, no resultaba tan relevante el recurso a las tradiciones nacionales, dado que ya existía, como también veremos, jurisprudencia de Estrasburgo lo suficientemente sólida como para avalar la lectura de la Carta propugnada por la CC⁵.

3. Con fundamento en tales fuentes de inspiración que, a su juicio, deberían guiar al TJUE en su lectura de la CDFUE, y, concretamente, de sus artículos 47 (tutela judicial efectiva) y 48 (derecho de defensa), la CC cuestionó no ya la referida normativa europea (concretamente, el artículo 14.3 de la Directiva 2003/6 y el artículo 30.1b del Reglamento 596/2014), sino incluso la doctrina del propio TJUE sostenida hasta el momento⁶; doctrina conforme a la cual sólo podría existir una vulneración del derecho de defensa en caso de que se formularan a la empresa preguntas encaminadas, en esencia, a que esta

⁵ A diferencia de lo que sucedía en *Taricco e.a.* (Sentencia de 8 de septiembre de 2015, C-105/14), donde el TJUE se apoyó precisamente en jurisprudencia del TEDH para respaldar su tesis según la cual los regímenes nacionales de prescripción no estarían protegidos por el principio de legalidad proclamado en la Carta (artículo 49). En ello insistiría el TJUE en su Sentencia de 5 de diciembre de 2017 (C-42/17), *asunto M.A.S. y M.B.* (también conocido como *Taricco II*): “Cabe recordar”, puede leerse en el FJ 42, “que el hecho de que un legislador nacional amplíe un plazo de prescripción con aplicación inmediata, incluso a hechos imputados que aún no han prescrito, no vulnera, forzosamente, el principio de legalidad de los delitos y las penas (véase, en este sentido, la sentencia Taricco, apartado 57 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citada en ese apartado)”.

⁶ Citando la CC las siguientes Sentencias del TJUE al respecto: *Orkem*, de 18 de octubre de 1989 (C-374/87); *Erste Group Bank AG*, de 24 de septiembre de 2009 (C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P); *Dalmine*, de 25 de enero de 2007 (C-407/04); y *SGL Carbon*, de 29 de junio de 2006 (C-301/04 P).

admitiera haber cometido una infracción, extremo que incumbiría probar a la Comisión Europea.

Por lo que respecta a la normativa europea en juego⁷, la CC no acababa de tener claro hasta qué punto dicha normativa llegaría a obligar a los Estados miembros a adoptar medidas sancionadoras por falta de cooperación con la autoridad nacional competente para combatir el abuso de mercado a fin de garantizar la integridad de los mercados financieros de la Unión y reforzar la protección de los inversores y su confianza en esos mercados; en particular, la CC se preguntaba si la referida obligación incluiría, entre los posibles destinatarios de tales medidas, a personas que se negaran a cooperar cuando de ello pudiera resultar su propia responsabilidad por una infracción susceptible de acarrear sanciones administrativas de carácter penal o sanciones abiertamente penales.

Según la CC, una obligación impuesta a los Estados miembros en el sentido inclusivo expuesto podría implicar una vulneración de los artículos 47 y 48 de la Carta, interpretados, como ya se ha señalado, “a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [en adelante, TEDH] concerniente al artículo 6 del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”.

Tal interpretación, no obstante y en opinión de la CC, imponía al TJUE alejarse, o cuanto menos, matizar, su propia doctrina antes referida (conforme a la cual sólo podría existir una vulneración del derecho de defensa en caso de que se formularan a la empresa preguntas encaminadas, en esencia, a que esta admitiera haber cometido una infracción); doctrina -advirtió la CC- que, desarrollada “en relación con personas jurídicas, no físicas, y en gran parte antes de la adopción de la Carta”, no parecería satisfacer plenamente las exigencias derivadas del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, “que implica generalmente, en materia penal, el derecho del interesado a no contribuir, siquiera indirectamente, a su propia incriminación”. Y ello porque, según la CC, podría suceder, con la doctrina del TJUE en la mano, que las declaraciones obtenidas por la autoridad administrativa, bajo la amenaza de padecer una sanción en caso de falta de cooperación, proporcionarían a la citada autoridad datos esenciales concretos para permitirle obtener elementos de prueba adicionales sobre la conducta ilícita. Esto es, la doctrina del TJUE impediría “formular preguntas dirigidas, en sustancia, a obtener una confesión relativa a la comisión de una infracción, sin perjuicio, sin embargo, del deber de la empresa, en línea de principio, de responder a las preguntas de la Comisión” (lo que podría llegar a facilitar o allanar el camino para la incriminación correspondiente).

4. La respuesta del TJUE ha venido de la mano de su Sentencia dictada, como adelanté, el 2 de febrero de 2021 (*asunto Consob*, C-481/19), en cuyo fallo, adelantémoslo ya, el TJUE declara que el Derecho derivado de la Unión al que nos venimos refiriendo (artículos 14.3 de la Directiva 2003/6 y 30.1b del Reglamento 596/2014), leídos a la luz de la

⁷ Que obligó al TJUE a pronunciarse acerca de la inadmisibilidad -alegada por el Consejo- de la cuestión prejudicial en lo concerniente al Reglamento 596/2014, fundamentada en que sería la Directiva 2003/6 por él derogada la única norma aplicable al litigio principal. Tal alegación fue rechazada por el TJUE, dando por buena la referencia de la CC “a la coherencia y a la relación de continuidad existentes entre las disposiciones de la Directiva 2003/6 y las del Reglamento 596/2014, que justifican un examen conjunto de sus disposiciones análogas”, y al hecho de que una posible declaración de inconstitucionalidad de la legislación italiana de transposición de la Directiva también tendría incidencia, según reglas de justicia constitucional interna, en la versión vigente vinculada al Reglamento.

Carta (artículos 47⁸ y 48⁹), “deben interpretarse en el sentido de que permiten a los Estados miembros no sancionar a una persona física que, en el marco de una investigación a la que le someta la autoridad competente con arreglo a dicha Directiva o al citado Reglamento, se niegue a dar a esta respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal”.

El razonamiento del TJUE consta de dos partes: la primera, dedicada a la interpretación de los artículos 47 y 48 de la Carta (FFJJ 37-48); la segunda, a la de los artículos 14.3 de la Directiva 2003/6 y 30.1b del Reglamento 596/2014, leídos a la luz de la Carta (FFJJ 49-58).

Por lo que respecta a la primera parte, va precedida, a su vez, de una doble advertencia “preliminar”.

Por un lado, el TJUE recuerda cómo las disposiciones de la Carta “están dirigidas a las instituciones de la Unión Europea y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión” (lo cual, como veremos, suscita dudas en cuanto a las bondades del fallo transcrito; particularmente, en relación con “*la posibilidad*” de que los Estados miembros no sancionen a personas que se nieguen a cooperar con la autoridad con fundamento en el derecho a no autoinculparse).

Por otro lado, el TJUE, descartando la utilización del CEDH (en concreto, de su artículo 6) como parámetro directo de control del Derecho de la Unión (pues “no constituye, al no haberse adherido a él la Unión, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión”¹⁰), advirtió, no obstante, del doble rol que el CEDH podría llegar a desempeñar, en términos indirectos, en el marco del Derecho de la Unión, a saber, en cuanto instrumento configurador de los principios generales de la Unión (artículo 6.3 TUE), y en cuanto fuente de inspiración de la Carta (artículo 52.3 de ésta). Pues bien, en relación con este último rol, que es el que interesaba en el caso de autos, y tras constatar, apoyándose en las Explicaciones de la Carta¹¹, la correspondencia / coincidencia de los artículos 47 (párrafo segundo) y 48 de la Carta con los tres apartados del artículo 6 CEDH, el TJUE asumió la obligación de manejar éste, tal y como viene siendo interpretado por el TEDH, “como nivel mínimo de protección” en el Derecho de la Unión¹²,

⁸ Concretamente, de su párrafo segundo *ab initio*, según el cual “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente”.

⁹ El cual dispone: “1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa”.

¹⁰ Tampoco pueden los jueces nacionales, *con fundamento en el Derecho de la Unión* y por el mismo motivo, utilizar el CEDH como fuente de control del Derecho interno: cfr. STJUE 24 de abril de 2012 (C-571/10), *asunto Kamberaj*.

¹¹ A tener, recordemos, “debidamente en cuenta” a la hora de leer la propia Carta, según puntualiza el tercer párrafo del artículo 6.1 TUE.

¹² Corrigiendo así la afirmación, realizada justo antes, que merecería una rotunda crítica, por inexacta y hasta prepotente, si no fuera porque su redacción no responde ni a la lengua original del procedimiento (italiano), ni a la lengua de trabajo en el interior del TJUE (francés). En efecto, según la versión española del FJ 36: “el artículo 52, apartado 3, de la Carta, que dispone que *cabe dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere*

aun reservándose, con apoyo también en las Explicaciones, la última palabra a los efectos de preservar su propia autonomía y la del ordenamiento jurídico de la Unión¹³.

5. Entrando ya en la concreta interpretación de los artículos 47 y 48 de la Carta, llama la atención el profuso manejo por el TJUE de la jurisprudencia del TEDH para avalar, además, la interpretación de diversas cuestiones vinculadas con el alcance del derecho a guardar silencio (hasta cinco Sentencias del TEDH trajo el TJUE a colación para abordar, como señalaba, el derecho a guardar silencio, cada cual desde una distinta óptica).

Más sutil es la impresión que causa el referido manejo jurisprudencial, tras el cual parece subyacer el propósito de demostrar su sólido conocimiento de dicha jurisprudencia, más allá de la aportaciones al respecto de la CC en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial. Así, de los siete pronunciamientos del TEDH de los que se sirvió la CC en su Auto 117/2019¹⁴, sólo dos llamaron la atención del TJUE¹⁵, el cual, por su parte, aportó otros tres de su propia cosecha analítica¹⁶. Ello, a su vez, dejaría entrever una cierta disposición por parte del TJUE a realzar, formalmente, su estatus en el entramado jurisdiccional de la Unión, por encima de las aportaciones de los tribunales supremos / constitucionales de los Estados miembros dirigidas a encauzar la interpretación del Derecho de la Unión.

Por lo que respecta al razonamiento del TJUE en torno a la doctrina de Estrasburgo, el mismo se desarrolló en los siguientes términos: 1) el derecho a guardar silencio conforma,

dicho Convenio, pretende garantizar la coherencia necesaria entre esos respectivos derechos sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia”.

Salta a la vista el poco encaje de tal redacción (que por lo demás reproduce redacciones de Sentencias anteriores) no ya con el espíritu, sino con el texto mismo del artículo 52.3, alejado del más mínimo tono potestativo en la labor de interpretación de la Carta a la luz del CEDH: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, *su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio*” (“Esta disposición”, concluye el precepto, “no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”). Sucede, sin embargo y como señalaba, que se trata de una mala traducción al español del FJ 36, cuyas versiones en italiano y francés se ajustan como es debido al tono claramente imperativo del artículo 52.3 a la hora de marcar la pauta hermenéutica a seguir por el TJUE. Contundentes resultan, por lo demás, las Explicaciones relativas al mismo artículo 52.3, según las cuales “en cualquier caso, el nivel de protección ofrecido por la Carta no puede ser nunca inferior al garantizado por el CEDH”.

¹³ Recordemos que la *autonomía* del Derecho de la Unión fue precisamente uno de los argumentos más recurrentes del TJUE para descartar, en su Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014, la viabilidad de la adhesión de la Unión al CEDH. Haría bien el TJUE, sin embargo, en no abusar de la referida autonomía y, sobre todo, en no traducirla en desviaciones más o menos manifiestas del CEDH a la luz de la jurisprudencia del TEDH, so riesgo de provocar tensiones con este último que, no hay que olvidar, ejerce su jurisdicción sobre los Estados miembros con independencia de que estén o no aplicando Derecho de la Unión.

¹⁴ Por orden de cita: *Funke c. Francia*, de 25 de febrero de 1992; *Chambaz c. Suiza*, de 5 de abril de 2012; *John Murray c. Reino Unido*, de 8 de febrero de 1996; *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, de 21 de diciembre de 2000; *Saunders c. Reino Unido*, de 17 de diciembre de 1996; *Shannon c. Reino Unido*, de 4 de octubre de 2005; y *J.B. c. Suiza*, de 3 de mayo de 2001.

¹⁵ *John Murray c. Reino Unido* y *Saunders c. Reino Unido*.

¹⁶ Por orden de cita: *Ibrahim y otros c. Reino Unido*, de 13 de septiembre de 2016; *Corbet y otros c. Francia*, de 19 de marzo de 2015; y *Grande Stevens y otros c. Francia*, de 4 de marzo de 2014.

implícitamente¹⁷, la base misma del concepto de proceso equitativo, contribuyendo, al proteger al acusado de la coacción indebida por parte de las autoridades públicas, a evitar errores judiciales y a garantizar los objetivos de dicho proceso; 2) el derecho a guardar silencio, en una causa penal, resulta particularmente vulnerado cuando un sospechoso, bajo amenaza de ser sancionado si no confiesa, o bien confiesa, o bien es castigado por haberse negado a hacerlo; 3) el derecho a guardar silencio no puede limitarse razonablemente a la confesión de actos ilícitos o a las observaciones que inculpen directamente al interesado, sino que abarca también información sobre cuestiones de hecho que puedan utilizarse posteriormente en apoyo de la acusación y afectar así a la condena o sanción impuesta a dicha persona.

Sentado lo cual, y no sin antes dejar de advertir (siguiendo a la CC pese a no reconocerlo expresamente¹⁸) que “el derecho a guardar silencio no puede justificar cualquier falta de cooperación con las autoridades competentes, como sucede en el caso de una negativa a presentarse a una audiencia prevista por estas o maniobras dilatorias dirigidas a aplazar su celebración”¹⁹, el TJUE entró en el análisis acerca de “en qué condiciones debe respetarse también dicho derecho en el marco de procedimientos de comprobación de la existencia de infracciones administrativas” y, más concretamente, “en el contexto de procedimientos que pueden dar lugar a la imposición de sanciones administrativas de carácter penal”.

Pues bien, llegados a este punto, no estimó necesario el TJUE mencionar la doctrina del TEDH elaborada a partir del célebre *asunto Engel*²⁰. Por el contrario, optó, en una suerte de “apropiación intelectual”, por manejar la propia recogida en el *asunto Garlsson Real Estate e.a.* en relación con el principio *ne bis in idem* (C-537/16, resuelto por Sentencia de 20 de marzo de 2018)²¹.

¹⁷ Hay que advertir que ni el CEDH ni la Carta contemplan, *expressis verbis*, el derecho a guardar silencio o a no autoinculparse. No sucede lo mismo, en cambio, con el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14 reconoce a “toda persona acusada de un delito” la garantía “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable” (apartado 3 g).

¹⁸ Lo que también podría ser percibido como un ejercicio de auto-confirmación por parte del TJUE.

¹⁹ FJ 41. Pese a parecer una afirmación de factura propia, lo cierto es que el TJUE ya había aludido en el FJ 20 a la “opinión de dicho órgano jurisdiccional [remitente]” según la cual el derecho a guardar silencio “no puede justificar la negativa del interesado a acudir a la audiencia convocada por la Consob ni su retraso en presentarse a la citada audiencia, *siempre que se garantice su derecho a no responder a las preguntas que se le formulen con ocasión de tal audiencia*”. “Sin embargo”, precisaba la CC, “en el caso de autos no existía tal garantía”.

²⁰ Sentencia ya citada *Engel y otros c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976. También trajo a colación el TJUE la Sentencia *Zolotukhin c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009.

²¹ En un curioso trabajo publicado en el año 2015 sobre la base de entrevistas realizadas a *insiders* anónimos de Luxemburgo (siete Jueces, dos ex-Jueces, un Abogado General y diez Letrados -siete de ellos adscritos a Jueces, tres a Abogados Generales), el autor revela como posibles motivos para tal *modus operandi* los siguientes: ahorrarse sencillamente referencias a Estrasburgo que se remontarían a Adán y Eva, o al Arca de Noé; eludir el riesgo de aludir a antiguas decisiones del TEDH que podrían haber sido objeto de ulteriores desarrollos en el contexto del CEDH, lo que exigiría por parte del TJUE un esfuerzo adicional que no se estaría dispuesto a asumir salvo que la referencia a la jurisprudencia del TEDH fuera realmente necesaria; y procurar una interiorización de ésta convirtiéndola en propia, y, por tanto, en precedente, lo cual dificultaría al propio TJUE, en consecuencia, apartarse del mismo (cfr. J. Krommendijk, *The Use of ECtHR by the Court of Justice after Lisbon: the View of Luxembourg Insiders*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, n.6, pp. 829-830).

Pero como todos los caminos conducen a Roma, lo cierto es que es que *Garlsson Real Estate e.a.* no hizo sino remitir, a su vez, a *Akerberg Fransson* (C- 617/10, Sentencia de 26 de febrero de 2013) y a *Bonda* (C-489/10, Sentencia de 5 de junio de 2012).

Y es en este último pronunciamiento citado (cronológicamente, primero de todos ellos) donde, aquí sí, el TJUE hizo suya, expresamente, la *doctrina Engel*, reproducida ahora en *Consob*, según la cual serían tres los criterios relevantes para evaluar el carácter penal de una sanción administrativa, a saber: 1) la calificación jurídica de la infracción en el Derecho interno; 2) la propia naturaleza de la infracción; y 3) la gravedad de la sanción que puede imponerse al interesado.

Siguiendo a partir de ahí la regla general de remitir a la CC, en cuanto órgano jurisdiccional remitente, la función de apreciar si las sanciones administrativas controvertidas en el litigio principal tendrían naturaleza penal a la luz de los referidos criterios, el TJUE, no obstante, consideró conveniente evocar algunos pronunciamientos suyos²² en los que habría asumido que determinadas sanciones administrativas impuestas precisamente por la Consob tendrían dicha naturaleza penal (celebrando -aquí sí- el “acertado recuerdo” por la CC de tal jurisprudencia, a la que, además, añadió el TJUE otra del TEDH en la misma dirección, concerniente también a la Consob²³).

El TJUE concluyó esta primer aparte de su razonamiento puntualizando que, por lo demás, “aun suponiendo que, en el caso de autos, las sanciones controvertidas en el litigio principal, impuestas por la autoridad de supervisión a DB, no tuvieran carácter penal, la necesidad de respetar el derecho a guardar silencio en el marco de un procedimiento de investigación tramitado por esta [la Consob] también podría resultar de la circunstancia, señalada por el órgano jurisdiccional remitente, de que, con arreglo a la legislación nacional, las pruebas obtenidas en dicho procedimiento pueden utilizarse en un proceso penal seguido contra esa misma persona para demostrar la comisión de una infracción penal”.

Todo ello llevaría al TJUE a la afirmación contenida en el FJ 45, que conviene transcribir y destacar (de manera particular en la parte transcrita en cursivas y, más aún, en negritas) porque aclara mucho, como veremos al final de estas reflexiones, las ambigüedades del fallo. Según dicho FJ: “Habida cuenta de las argumentaciones expuestas [...] procede considerar que, entre las garantías que se derivan de los artículos 47, párrafo segundo, y 48 de la Carta, y tienen la *obligación de respetar tanto las instituciones de la Unión como los Estados miembros cuando estos aplican el Derecho de la Unión*, figura, en particular, **el derecho a guardar silencio de una persona física «acusada»** en el sentido de la segunda de estas disposiciones²⁴. ***Este derecho se opone, en particular, a que una persona física sea sancionada*** por su negativa a dar a la autoridad competente con arreglo a la

²² Sentencias *Di Puma y Zecca*, de 20 de marzo de 2018 (C-596 y 597/16), y, del mismo día, la ya citada *Garlsson Real Estate e.a.*

²³ Sentencia *Grande Stevens y otros c. Italia*, de 4 de marzo de 2014.

²⁴ El derecho a guardar silencio lo circunscribe el TJUE, en consecuencia, al “acusado” en el sentido del artículo 48 de la Carta, el cual, sin embargo, ninguna pauta interpretativa ofrece al respecto. Parece, pues, que habría que recurrir también aquí al CEDH (artículo 6) y a su lectura por el TEDH para guiar la interpretación de la condición de “acusado” a los efectos de considerar aplicable el derecho a guardar silencio en los términos proclamados por el FJ 45 de *Consob*; lo cual también parece que nos situaría en el contexto de una persona física que se encuentre formalmente inmersa en un procedimiento en el que se estaría dilucidando, precisamente, la comisión por su parte de una infracción (susceptible de desembocar en una sanción de naturaleza penal). Cfr. al respecto STEDH *McFarlane c. Irlanda*, de 10 de septiembre de 2010.

Directiva 2003/6 o al Reglamento n.º 596/2014 respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal”.

6. Aún dentro de la primera parte de su razonamiento dedicada a la interpretación de los artículos 47 y 48 de la Carta (FFJJ 37-48), el TJUE consideró necesario dedicar los tres últimos FFJJ de dicha parte a explicar porqué su análisis expuesto hasta el momento no entraría en contradicción con su jurisprudencia en materia de Derecho de la competencia; jurisprudencia, según el TJUE, “de la que resulta, en esencia, que, en el marco de un procedimiento sancionador por una infracción de dichas normas, se puede obligar a la empresa implicada a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si estos pueden servir para probar, en particular respecto de la propia empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia”²⁵.

Así las cosas, el TJUE recordó cómo también en ese contexto había considerado que “no se puede imponer a dicha empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de tal infracción”; consideración ésta a todas luces insuficiente para salvar, por sí sola, la contradicción con el derecho a guardar silencio en los términos más amplios que el TJUE acababa de afirmar en el FJ 45, habida cuenta de que, como acertadamente había advertido la CC en su auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, sería muy posible que las declaraciones efectuadas ante la autoridad administrativa bajo amenaza de sanción por no cooperar, aun concernientes a cuestiones puramente fácticas, pudieran proporcionar a la autoridad en cuestión datos esenciales concretos a los efectos de obtener elementos de prueba adicionales sobre la conducta ilícita²⁶.

Por otro lado, el TJUE se hizo eco -aquí sí- de una segunda advertencia de la CC en relación con la jurisprudencia de Luxemburgo recién mencionada, en el sentido de hacer notar que la misma se referiría solamente a *empresas y asociaciones de empresas*. Y tal jurisprudencia, señaló el TJUE, “no puede aplicarse por analogía cuando se trata de determinar el alcance del derecho a guardar silencio de personas físicas que, como DB, son objeto de un procedimiento por una infracción de uso de información privilegiada”.

Queda, pues, claro, que para el TJUE no existiría “contradicción” (es ésta la expresión por él empleada) con su jurisprudencia anterior concerniente a las personas jurídicas, porque dicha jurisprudencia, que se mantendría intacta²⁷, no sería aplicable a las personas

²⁵ Citando el TJUE al respecto, como hiciera la CC en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, sus siguientes Sentencias: *Orkem v. Comisión*, de 18 de octubre de 1989 (374/87); *Comisión v. SGL Carbón*, de 29 de junio de 2006 (C-301/04 P); y *Dalmine v. Comisión*, de 25 de enero de 2007 (C-407/04 P).

²⁶ Con palabras de la CC, “resulta evidente que sostener que existe una obligación del infractor de responder a cuestiones de mero hecho -como ocurre en el diferente ámbito de los ilícitos en el Derecho de la competencia-, sin perjuicio de la posibilidad de demostrar posteriormente que los hechos presentados “tienen un alcance diverso” al considerado por la autoridad competente, da lugar a una limitación significativa del alcance del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que normalmente implica, en materia penal, el derecho del interesado a no realizar aportación declarativa alguna - ni siquiera indirecta - a su autoinculpación”.

²⁷ De manera que, como recuerda y no corrige el TJUE (FJ 46), “se puede obligar a la empresa implicada a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, *incluso si estos*

físicas, las cuales gozarían de un superior estándar de protección en los términos expuestos.

Habría que ver si tal diferenciación de trato pasará en el futuro, por lo que respecta a las personas jurídicas, la criba de los estándares nacionales y del TEDH.

Por el momento, lo que sí parece estar claro es que una aproximación a la esfera de las personas jurídicas en términos más restrictivos de protección, con carácter general, si comparada con la esfera de las personas físicas, parece no ser vista con malos ojos ni por el legislador de la Unión ni por el TEDH.

En efecto, por lo que respecta al legislador de la Unión, conviene llamar la atención²⁸ sobre la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en los procesos penales determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, cuyo artículo 7 protege, por vez primera *de manera expresa* en el Derecho de la Unión, el “derecho a guardar silencio” y el “derecho a no declarar contra sí mismo”. Pues bien, según reza el Considerando 13 de su Preámbulo: “La presente Directiva reconoce diferentes necesidades y grados de protección con respecto a determinados aspectos de la presunción de inocencia de las personas físicas y jurídicas. Por lo que respecta a las personas físicas, dicha protección se refleja en jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido que *los derechos que dimanar de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas*”.

Y por lo que respecta al TEDH, si bien es cierto que hasta el momento no se ha pronunciado específicamente sobre el alcance del derecho a guardar silencio *en relación con las personas jurídicas*, sí que ha adoptado una aproximación restrictiva respecto de éstas, si comparada con la concerniente a las personas físicas, en el contexto de otros derechos del CEDH, como por ejemplo, del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 8 CEDH). Como reparó en sus Conclusiones el Abogado General Pikamäe, el TEDH, en su Sentencia *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992, apreció que un registro llevado a cabo por la policía en el despacho de un abogado independiente en el que éste vivía constituía una violación de su “domicilio”. No obstante, también declaró que el

derecho de injerencia de los Estados con arreglo al artículo 8.2 CEDH podría ir más lejos “en el caso de los locales o actividades profesionales o comerciales que en otros casos”²⁹.

pueden servir para probar, en particular respecto de la propia empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia”.

²⁸ Y así lo hicieron algunas partes interesadas en el asunto, según nos informa el Abogado General (cfr. nota a pie 60 de sus Conclusiones).

²⁹ Cfr. nota a pie 65 de las Conclusiones. También reparó el Abogado General en cómo en su Sentencia *Deutsche Bahn y otros v. Comisión*, de 18 de junio de 2015, (C-583/13 P), el TJUE se basó en la jurisprudencia del TEDH (añadiendo a *Niemietz c. Alemania* la Sentencia *Bernh Larsen Holding AS y otros c. Noruega*, de 14 de marzo de 2013) para confirmar la apreciación del Tribunal General según la cual la falta de autorización judicial previa no podía implicar, como tal, que la decisión de inspección adoptada por la Comisión, en el marco de sus facultades de investigación en materia de competencia, fuera ilegal.

7. Una vez interpretados los artículos 47 y 48 de la Carta, el TJUE dedicó la segunda parte de su razonamiento, como adelanté, a analizar el alcance de los artículos 14.3 de la Directiva 2003/6 y 30.1b del Reglamento 596/2014, leídos a la luz de aquellos (FFJJ 49-58). Concretamente, procedió el TJUE a analizar si, en primer lugar, cabía una interpretación de las disposiciones implicadas de Derecho derivado conforme a las disposiciones del Derecho originario (i.e., de la Carta) en juego; porque solo fracasada la vía de una interpretación conforme, cabría dar el paso para cuestionar ese Derecho derivado en términos de validez³⁰.

Pues bien, la lectura a la luz de la Carta (tal y como acababa de ser interpretada a lo largo de los FFJJ 36-48) de ambos preceptos contenidos, respectivamente, en la Directiva 2003/6 y el Reglamento 596/2014, se desarrolló en términos casi idénticos: si bien ninguno de dichos preceptos excluía expresamente que la obligación impuesta a los Estados miembros de prever sanciones por falta de cooperación (con las autoridades supervisoras e inspectoras competentes) pudiera llevarse hasta el extremo de englobar también las auto-inculpaciones de personas físicas en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador de carácter penal (o de un procedimiento abiertamente penal), tampoco ninguno de ellos exigiría llevar la referida obligación hasta dicho extremo (o dicho de otra manera, como en el fallo: tanto la Directiva como el Reglamento “permit[irían] a los Estados miembros no sancionar a una persona física que, en el marco de una investigación a la que le someta la autoridad competente con arreglo a dicha Directiva o al citado Reglamento, se niegue a dar a esta respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal”).

Esa lectura, y no otra, sería la que, según el TJUE, posibilitaría eludir, en última instancia, el juicio negativo de validez del Derecho derivado en juego. O de nuevo con palabras del TJUE (FJ 56): “Al interpretarlas de este modo, la validez de estas disposiciones del Derecho derivado de la Unión no puede verse afectada, a la luz de los artículos 47 y 48 de la Carta, por el hecho de que no excluyan expresamente la imposición de una sanción para tal negativa”.

Es, pues, teniendo especialmente presente este muy particular contexto de *enjuiciamiento de la validez* de la Directiva 2003/6 y del Reglamento 596/2014, como debe leerse y entenderse el fallo de *Consob*: cuando el TJUE concluye declarando que ambas normas *permitirían* a los Estados miembros *no sancionar* comportamientos que podrían desembocar en una autoinculpación, lo hace una vez asumido la Carta *no permitiría* a esos mismos Estados miembros (ni a las Instituciones de la Unión) *sancionar*, en el ámbito de

³⁰ Trajo el TJUE a colación su consolidada doctrina según la cual, “cuando un texto de Derecho derivado de la Unión es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición se ajuste al Derecho primario, y no a la que conduce a considerarla incompatible con él” (citando al respecto su Sentencia *M y otros*, 14 de mayo de 2019, C-391/16, C-77/17 y C-78/17, aunque la doctrina tiene su solera: cfr. p.e. la Sentencia *Comisión v. Consejo*, de 13 de diciembre de 1983, 218/82). También mencionó que “además, tanto el considerando 44 de la Directiva 2003/6 como el considerando 77 del Reglamento n.º 596/2014 subrayan que estas dos disposiciones respetan los derechos fundamentales y los principios consagrados en la Carta”; mención ésta, muy al uso del TJUE, vacía por completo de sustancia, no ya porque estemos ante una fórmula que, por regla general, incorporan con automatismo las normas europeas de Derecho derivado con un mínimo de enjundia, sino porque el hecho mismo de incorporarla no garantiza, ni mucho menos, que los derechos fundamentales y los principios consagrados en la Carta sean, efectivamente, respetados.

aplicación del Derecho de la Unión, comportamientos que podrían desembocar en dicha autoinculpación (FJ. 45).

O por recurrir de nuevo a las propias palabras del TJUE:

- cuando el TJUE sostiene en el fallo de la Sentencia que la Directiva 2003/6 y 30.1b del Reglamento 596/2014 “leídos a la luz de los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que permiten a los Estados miembros no sancionar a una persona física que, en el marco de una investigación a la que le someta la autoridad competente con arreglo a dicha Directiva o al citado Reglamento, se niegue a dar a esta respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad pena”,
- lo hace, asumiendo como premisa (FJ 45) que “entre las garantías que se derivan de los artículos 47, párrafo segundo, y 48 de la Carta, y tienen la obligación de respetar tanto las instituciones de la Unión como los Estados miembros cuando estos aplican el Derecho de la Unión, figura, en particular, el derecho a guardar silencio de una persona física «acusada» en el sentido de la segunda de estas disposiciones. Este derecho se opone, en particular, a que una persona física sea sancionada por su negativa a dar a la autoridad competente con arreglo a la Directiva 2003/6 o al Reglamento n.º 596/2014 respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal”.

8. A modo de breve conclusión final, cabría destacar cómo la CC parece haber dado con la tecla adecuada a los efectos de avanzar como es debido en el complejo entramado que representa la protección multinivel de derechos sobre la que descansa la Unión Europea y que, debido precisamente a su naturaleza multinivel, reclama una participación colectiva en su desenvolvimiento, con los más Altos Tribunales como principales protagonistas (TJUE, TEDH y Tribunales Constitucionales y/o Supremos nacionales); tecla que, por lo demás, adquiere una relevancia muy especial habida cuenta de que entre la *saga Taricco* y este nuevo ejemplo de fructífero diálogo entablado en *Consob* entre la CC y el TJUE, con la doctrina de Estrasburgo como telón de fondo, la esencia misma de la Unión sufrió, en un momento particularmente inoportuno, la fuerte sacudida provocada por la polémica Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 de mayo de 2020.