

*NE BIS IN IDEM* Y COMBATE DE LOS ABUSOS DE MERCADO:  
UN DESAFÍO PARA EL LEGISLADOR Y LOS JUECES ITALIANOS.  
REFLEXIONES DE *LEGE LATA* Y DE *LEGE FERENDA* SOBRE EL IMPACTO DE LA  
SENTENCIA *GRANDE STEVENS* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

FRANCESCO VIGANÒ\*  
*Universidad de Milán*

*SUMARIO: I. Derechos humanos y derecho penal en la economía: ¿unión extraña? II. Los términos de la cuestión. III. Las repercusiones de Grande Stevens: de lege lata... IV. ... y de lege ferenda.*

*PALABRAS CLAVE: ne bis in idem, delitos económicos, derechos humanos, abusos de mercado.*

I. DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL EN LA ECONOMÍA: ¿UNIÓN EXTRAÑA?

Cuando se evocan los derechos humanos, el pensamiento tiende, instintivamente, a desplazarse hacia escenarios dramáticos, en los cuales está en juego la protección de la dignidad humana misma –quinta esencia de esos derechos–, frente a la soberbia de un poder estatal que se convierte en pura violencia arbitraria. Se piensa, por ejemplo, en escenarios de detenciones ilegítimas, torturas, homicidios, perpetrados por los agentes de la fuerza pública en contra de víctimas inocentes o, incluso, en genocidios.

En cierto sentido, es natural que esto sea así: las primeras declaraciones de derechos humanos, contenidas en la Constitución de Estados Unidos y después en el *Bill of Rights* del año 1791, así como, en el contexto europeo, en la *Declaration* de 1789, fueron proclamadas, justamente, como reacciones ante las arbitrariedades perpetradas, respectivamente, por la corona inglesa y la francesa. No muy distintos son los casos, en pleno siglo XX, de la gran declaración universal, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1948, y de la casi coetánea Convención Europea de 1950, que fueron concebidas por sus creadores, como una de las tantas reacciones a las barbaridades que se produjeron durante la Segunda Guerra Mundial. Con las cenizas de los crematorios todavía calientes, como ha dicho de manera muy elocuente.

Pero el *human right law* o “derecho de los derechos humanos” –que es, por un lado, parte del derecho internacional y, por el otro, un derecho interno más (en la medida que las respectivas fuentes hayan sido incorporadas, en este último, por medio de la ratificación)–, tiene un radio de aplicación más extenso en los momentos ordinarios del derecho, llegando a tocar territorios muy lejanos de esos terribles escenarios. Como, para precisar, la materia del *droit pénal des affaires*,

para decirlo al modo francés: donde habitualmente se discute, más que respecto a dignidad humana, sobre intereses financieros, o más sencillamente, sobre *dinero*.

Por ello, no hay que extrañarse tanto. Derechos como aquel al *juicio justo* o la prohibición del *ne bis in idem*, establecidos desde el siglo XVIII como protección del individuo contra las aberraciones del proceso penal del *ancien régime*, resultaron, en su concreta aplicación, herramientas dúctiles, capaces de acoger siempre nuevos aspectos de protección de los intereses del individuo, en contra de la potestad punitiva del Estado. Una tutela que el sistema europeo de derechos humanos extiende, incluso, a las personas jurídicas (y no sólo a las personas naturales) y, por tanto, también a fundaciones, partidos, ONG y, naturalmente, a sociedades comerciales. Una protección, además, que se establece no sólo contra los órganos del Poder Judicial, llamados a ejercer la acción penal y a juzgar en materia de delitos y penas, sino también y antes de ello, en contra del mismo legislador, cuyas elecciones (más allá de ser democráticamente legítimas), bien pueden censurarse, especialmente, en aquellos casos en que se interfiere con los derechos humanos, de los cuales las cortes internacionales son custodios. Lo que crea, como se verá más adelante, delicadas fricciones entre los distintos poderes del Estado, y entre las instancias internas y aquellas internacionales. Esta complementación recíproca tiene riesgo de constituirse en un verdadero y propio rompecabezas para el jurista italiano.

La cuestión a la que está dedicada el presente trabajo, constituye un óptimo ejemplo de la extraordinaria capacidad expansiva de los derechos humanos, promovida por una jurisprudencia internacional, que ve en la Convención Europea un *living instrument*, en términos que, ciertamente, sus redactores habrían tenido cierta dificultad para imaginar. Se suma a lo anterior el siempre mayor impacto de los derechos humanos en los equilibrios institucionales del ordenamiento jurídico nacional, con consecuencias sistemáticas que, en este caso, podrían trascender mucho más allá de la materia específica de la represión de los abusos de mercado, donde se radica la cuestión aquí discutida.

## II. LOS TÉRMINOS DE LA CUESTIÓN

Todo nace, no por coincidencia, de una sentencia: *Grande Stevens c. Italia*, pronunciada por la segunda sección de la CEDH (Corte Europea de Derechos Humanos), en marzo de 2014<sup>1</sup>, la cual quedó firme en julio del mismo año,

---

<sup>1</sup> Publicación comentada: TRIPODI, Andrea Francesco, Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato, en *Diritto penale contemporaneo* (2014). Entre las numerosas contribuciones a partir de la sentencia, véase también: ABBADESSA, Giorgio, Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio “ne bis in idem”, en *Giurisprudenza Commerciale* 2 (2014), pp. 546 y ss.; ALESSANDRI, Alberto, Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato, en *Giurisprudenza*

tras el rechazo del reenvío a la Gran Cámara, formulado por el gobierno de Italia<sup>2</sup>.

Remito a otras y más extensas contribuciones en esta materia<sup>3</sup>, y me limito así a mencionar los pasajes esenciales para el entendimiento de la cuestión.

Hasta el 2005, la represión de las dos principales figuras de conductas abusivas en el ámbito de los mercados financieros (el abuso de información privilegiada o *insider trading*, y la manipulación del mercado), estaba confiada, en nuestro orde-

---

*Commerciale 1* (2014), pp. 885 y ss.; ALLENA, Miriam, Il caso “Grande Stevens” c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu, en *Giornale Di Diritto Amministrativo 11* (2014), pp. 1053 y ss.; BOZZI, Giulia, Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l’Italia per violazione dei principi dell’equo processo e del ne bis in idem, en *Cass. pen.* 9 (2014), pp. 3099 y ss.; CARACCIOLI, Ivo, La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l’inevitabile approdo al principio ne bis in idem, en *Rivista Il Fisco* (2014), pp. 2374 y ss.; CASTELLANETA, Caso Grande Stevens: si applica il «ne bis in idem» se la sanzione amministrativa equivale a una penale, en *Guida al Diritto 14* (2014), pp. 82 y ss.; D’ALESSANDRO, Francesco, Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali, en *Dir. pen. proc.* 2 (2014), pp. 614 y ss.; DE AMICIS, Gaetano, DE AMICIS, Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano, en *Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrielle 3-4* (2014), pp. 210 y ss.; DI GIUSEPPE, Marcello, Il ne bis in idem alla luce degli effetti della sentenza “Grande Stevens”, en *Rassegna tributaria 6* (2014), pp. 1440 y ss.; FIDELBO, Miranda, Il principio del ne bis in idem e la sentenza ‘Grande Stevens’: pronuncia europea e riflessi nazionali, en *Dirittopenaleeuropeo.it*; FLICK, Giovanni, NAPOLEONI, Valerio, Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?, en *Rivista AIC 3* (2015), pp. 1-34; GAETA, Piero, Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze, en *Quaderni costituzionali 3* (2014), pp. 740 y ss.; GIOVANNINI, Alessandro, MURCIANO, Luigi, Il principio del “ne bis in idem” sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta, en *Corriere tributario 20* (2014), pp. 1548 y ss.; LAVARINI, Bárbara, Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio, en *Dir. pen. e proceso 12-Suppl* (2014), pp. 82 y ss.; MONTALENTI, Paolo, Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU, *Giurisprudenza Commerciale 1* (2015), pp. 478 y ss.; VENTORUZZO, Marco, Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia, en *Rivista delle società 4* (2014), pp. 693 y ss.; VENTORUZZO, Marco, When Market Abuse Rules Violate Human Rights: Grande Stevens v. Italy and the Different Approaches to Double Jeopardy in Europe and the US, en *Eur. Bus. Org. Law Rev.* (2015), pp. 145 y ss.; VINCIGUERRA, Luigi, Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu, en *Dir. prat. trib.* (2015), pp. 337 y ss.; ZAGREBELSKY, Vladimiro, Le sanzioni Consob, l’equo processo e il ne bis in idem nella Cedu, en *Giurisprudenza Italiana 5* (2014), pp. 1196 y ss. Más en general respecto al principio del *ne bis in idem* en la jurisprudencia de las cortes europeas, con interesantes referencias, también, a las decisiones pertinentes de la Corte Constitucional italiana, véase: TRUCCO, Lara, COSTANZO, Pasquale, Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo, en *Consulta online 3* (2015), pp. 851 y ss.

<sup>2</sup> Confrontar con: VIGANÒ, Francesco, Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva, en *Diritto penale contemporaneo* (2014).

<sup>3</sup> VIGANÒ, Francesco, Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?, en *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrielle 3-4* (2014), pp. 219 y ss.

namiento jurídico, a los delitos establecidos en los artículos 184 y 185 del decreto legislativo 58, de 24.02.1998 (en adelante t.u.f). Con la ley N° 62, de 18.04.2005, el legislador italiano (en cumplimiento de las obligaciones establecidas por la directiva 2003/6/CE), *une a aquellos delitos dos ilícitos administrativos paralelos*, redactados de idéntica forma y situados, respectivamente, en los nuevos artículos 187 *bis* y 187 *ter* t.u.f. El primer ilícito administrativo está descrito, en la hipótesis base del 1° y 2°, de manera coincidente a la descripción del correspondiente delito. Por otro lado, el tipo del ilícito administrativo de manipulación de mercado, está formulado en modo mucho más analítico, respecto a la figura delictiva del art. 185, en la cual, por otro lado, la cláusula general y de clausura “otros artificios” (*altri artifici*), se presta para comprender gran parte, si no todas, las conductas analíticamente descritas en el art. 187 *ter*<sup>4</sup>.

Se deriva, claramente, una amplia superposición del área aplicativa de cada delito, con aquella cubierta por el paralelo ilícito administrativo; superposición establecida conscientemente por el legislador, que da por descontada la doble punibilidad (penal-administrativa) de los mismos hechos, como se evidencia en la idéntica cláusula de apertura de las normas que establecen ambos ilícitos administrativos (“*salvo las sanciones penales cuando el hecho constituye delito*”), y de la norma del art. 187 *terdecies*, al tenor de la cual “*cuando por el mismo hecho se haya aplicado contra el reo o la persona jurídica una sanción administrativa pecuniaria (...) el cumplimiento de la pena pecuniaria y de la sanción pecuniaria dependiente del delito, está limitada a la parte que exceda a la impuesta por la autoridad administrativa*”. El legislador del 2005 considera, también, natural la *contemporánea y paralela pendencia* del procedimiento sancionatorio administrativo y aquel penal, por un lado, imponiendo, en el art. 187 *decies*, deberes de colaboración recíproca entre la Consob, titular del poder administrativo, y el Ministerio Público; y por otro lado, vetando expresamente, en el art. 187 *duodecies*, que el procedimiento administrativo pueda ser suspendido en atención al procedimiento penal, que tenga por objeto los mismos hechos.

Esta actitud normativa fue sometida, de inmediato, a críticas por parte de los autores<sup>5</sup>, en particular del ámbito penal, para quienes no pasó desapercibida la problemática de un *doble binario* sancionatorio y procedimental, como el establecido, que

<sup>4</sup> En este sentido en particular, véase: VIZZARDI, Matteo, Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?, en *Riv. it. dir. proc. pen.* 2 (2006), pp. 704 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. ALESSANDRI, Alberto, Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio, en *Scitti per Federico Stella II* (2007), pp. 930 y ss.; FOFFANI, Francesco, Artt. 180-185 d.lgs. n. 58/1998, en PALAZZO, Francesco, PALIERO, Carlo (encargados), (Padua, 2007), pp. 713 y ss.; MIEDICO, Melissa, Illecito penale o illecito amministrativo, en *Le Società* (2007), pp. 623 y ss.; PALIERO, Carlo, Nuove prospettive degli abusi di mercato?, en VV.AA., *Crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni* (Milán, 2010), pp. 61 y ss.; VIZZARDI, ob. cit., pp. 704 y ss.

no venía sino a duplicar los mismos perfiles de responsabilidad sobre la persona jurídica (responsable, por un lado, de acuerdo al decreto legislativo 231/2001 –y, por tanto, en atención al c.d. “*responsabilidad administrativa de la persona jurídica por comisión de delitos*”–, por los delitos cometidos por jefes o subordinados, y en la vía meramente administrativa, por el art. 187 *quinquies*). Con un resultado, en definitiva, de *multiplicación de las elevadas sanciones patrimoniales* (pena pecuniaria y confiscación) a cargo de personas naturales o jurídicas, destinadas a sumarse a las penas privativas de libertad, que ya se podían considerar draconianas (el delito de manipulación de mercado es punible con reclusión de *dos a doce años*) tras de la reforma producida por la ley N° 262 de 28.12.2005, que duplicó en bloque todas las penas establecidas por el t.u.f.; y con la ulterior anomalía representadas por el rol “doble filo” de la Consob, titular del procedimiento sancionatorio administrativo y, al mismo tiempo, legitimada para constituirse como parte civil en el respectivo proceso penal, en contra de las mismas personas jurídicas y naturales.

Estos puntos, olvidados como es frecuente por el legislador italiano, salieron a la luz cuando el tema fue abordado por la CEDH, a raíz de una iniciativa de los imputados –personas naturales y jurídicas–, en un proceso penal por manipulación de mercado, que tenía por objeto un comunicado tenido por falso difundido en agosto de 2005, por dos sociedades del grupo FIAT.

Por ese comunicado los recurrentes ya habían sido sancionados en 2007 por la Consob, que había hecho aplicable el extremo más grave del ilícito administrativo, establecido en el art. 187-*ter* t.u.f., irrogando sanciones pecuniarias administrativas muy pesadas, a las personas jurídicas y naturales, además de penas de inhabilitación, respecto a las personas naturales. El procedimiento había sido, en lo sustancial, confirmado en 2008 por la Corte de Apelaciones de Turín, previa disminución de toda sanción contra las personas naturales; y en 2009 las sanciones quedaron firmes, tras el rechazo de los recursos deducidos por los interesados ante la *Corte Suprema di Cassazione*.

Enseguida, después del pronunciamiento de la Suprema, los imputados pidieron al tribunal de Turín (ante el cual estaba pendiente el proceso penal por el delito de manipulación de mercado del art. 185 t.u.f., cuyo objeto era el mismo comunicado falso ya objeto del pronunciamiento administrativa y desarrollado, también, ante la Consob), un pronunciamiento respecto a la imposibilidad de proceder por *ne bis in idem*.

Habiendo el tribunal rechazado la solicitud de los imputados, los mismos habían interpuesto inmediatamente un recurso ante la CEDH, alegando que, entre otras cosas, la larga pendencia del proceso penal, por los mismos hechos por los cuales ya habían sido definitivamente sancionados en sede administrativa, representaba una violación en curso, a su derecho al *ne bis in idem*, reconocido en el art. 4, del Protocolo N° 7, de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, “La Convención”). Los recurrentes se quejaban, también, de la

violación de una serie de parámetros propios de un *juicio justo*, consagrado en el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en el proceso administrativo ante la Consob y en el sucesivo juicio ante la Corte de Apelaciones de Turín, además de una violación al derecho de propiedad, garantizado por el art. 1 del protocolo adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos, producido por supuesta desproporción de las sanciones administrativas pecuniarias, impuestas por la Consob, luego modificadas por la Corte de Apelaciones y convertidas en irrevocables por la sentencia de casación de junio de 2009.

Con la sentencia *Grande Stevens c. Italia*, la CEDH acoge en buena parte los reclamos, reconociendo –con un voto de minoría– la violación del art. 4 del Protocolo y de la Convención Europea de Derechos Humanos, específicamente, respecto al defecto de publicidad en el procedimiento llevado a cabo ante la Corte de Apelación, por las sanciones impuestas por la Consob. Con voto conforme de la mayoría de los jueces (pero con vigorosas disidencias, especialmente del juez Pinto de Albuquerque), la Corte rechaza, por el contrario, las otras alegaciones, relativas a la violación del art. 6 y del art. 1 del Protocolo Adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Con mérito en particular al derecho del *ne bis in idem*, la Corte afirma que las sanciones impuestas por la Consob contra los recurrentes –más allá de ser formalmente calificadas como meramente administrativas por la ley italiana– tienen, en realidad, una naturaleza *sustancialmente penal*, con base a criterios de evaluación autónomos de la *matière pénale*, elaborados por la Corte originalmente, en la muy conocida sentencia *Engels*. En este sentido afirma, en particular, la gravedad no sólo de las sanciones pecuniarias y de inhabilitación en particular establecidas para los recurrentes, sino también, y sobre todo, de aquellas abstractamente establecidas en el t.u.f., que prevé (en el texto original) una cantidad máxima de 25 millones de euros, elevados, no obstante, al triple o hasta la cantidad de diez veces, de la ganancia obtenida por el ilícito, cuando el monto original aparezca como insuficiente, incluso, aplicado en el máximo. La Corte recuerda, por otra parte, la serie bastante extensa de precedentes en los cuales consideró a las sanciones impuestas por la autoridad administrativa francesa (así como los relativos procedimientos), en materia de libre competencia, banca, mercados financieros y control de la transparencia y de los presupuestos, como relacionadas a la materia penal. A su vez, recordó la sentencia *Menarini Diagnostics S.r.l.c. Italia*, en la cual había reconocido la naturaleza “penal” de los procedimientos sancionatorios adoptados por la Autoridad Garante de la Libre Competencia y el Mercado, sobre la base de argumentos idénticos de los ahora utilizados<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> CEDH, sentencia N° 43509/08, de 27.09.2011 (*Menarini Diagnostics s.r.l.c. Italia*), con comentario de ZIRULIA, Stefano, La tutela del giudice amministrativo avverso le sanzioni “penali”

A la evaluación “autónoma” de las sanciones (y del procedimiento mismo) de la Consob, como *sustancialmente penal* no puede, por otro lado, oponerse, según la decisión unánime de los jueces, la reserva presentada por Italia al acto de ratificación del protocolo 7, al tenor de la cual “*La República Italiana declara que los artículos 2 a 4 del Protocolo sólo se aplican a los delitos, los procedimientos y las decisiones calificado penal por la ley italiana*”. Tal como pronosticó una atenta doctrina italiana<sup>7</sup>, tal reserva se considera inválida, sobre la base de análogos precedentes respecto a otros Estados.

Dicho esto, la tarea que restaba a la Corte era solamente aquella de verificar si el proceso penal, todavía pendiente después de que las sanciones administrativas quedaron firmes, tenía (o no) como objeto el mismo “delito por el cual –el sujeto– fue ya absuelto o condenado por una sentencia definitiva, en términos de la recordada disposición de la Convención: si subsistía en la especie un *idem*”. La defensa el gobierno italiano declaraba, en efecto, que los arts. 185 y el 187 *ter* del t.u.f. describían hechos típicos distintos, y que, consecuentemente, los dos procesos sancionatorios (aquel que se desarrollaba ante la Consob y aquel que se celebraba ante la jurisdicción penal), no tenían como objeto el mismo “delito”. La Corte la tuvo bastante fácil para superar tal argumento, enunciando los principios por ella contantemente afirmados, tras el pronunciamiento *Zolotoukhine c. Rusia*, en 2009, con el cual la Gran Cámara (resolviendo las dudas interpretativas precedentes), había afirmado con nitidez que la expresión “*delito*”, utilizada en el texto de la norma, debe entenderse como equivalente, en todos sus efectos, a *hecho material (fatto storico)*, con el fin de atribuir la máxima extensión posible a la garantía convencional. En el caso en comento, no hay dudas de que el *hecho material*, constitutivo de ilícito administrativo en términos del art. 187 *ter* t.u.f. (el falso comunicado difundido al mercado en agosto de 2005), es exactamente el mismo que el Ministerio Público acusaba, en el ámbito penal, como constitutivo de delito del art. 185 t.u.f. Con la consecuente violación a la garantía convencional, por el solo hecho de la larga pendencia del proceso penal después de que la sanción impuesta por la Consob quedó firme; y con la obligación, a cargo del gobierno italiano (explicitada en lo dispositivo) de asegurar, en el más breve tiempo posible, el término del proceso penal contra los recurrentes.

Como se anticipó, las alegaciones relativas al principio del *proceso justo*, consagrado en el art. 6 de la Convención, fueron consideradas sólo parcialmente por

---

dell’AGCM è conforme ai principi dell’equo processo sanciti dalla Convenzione EDU in *Diritto penale contemporáneo* (2011).

<sup>7</sup> ALLEGREZZA, Silvia, Art. 4 Prot. 7, en BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto, ZAGREBELSKI, Vladimiro (editores), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo* (Padua, 2012), pp. 897 y s.

la Corte. La mayoría de los jueces reconocieron, realmente, que el procedimiento sancionatorio ante la Consob presenta numerosas lagunas en términos del art. 6, en particular, bajo la mirada de la falta de pleno respeto del principio contradictorio y de la igualdad de armas entre los acusadores y la defensa y, además, respecto a la falta de independencia e imparcialidad del órgano adjudicador, respecto de aquel competente para llevar a cabo la investigación. Ellos consideran, sin embargo, que tal problemática se subsana por la sucesiva fase jurisdiccional de oposición, ante la Corte de Apelaciones, respecto a la cual el único punto de afectación de garantías convencionales residiría en la falta de publicidad del procedimiento. Como también se anticipó, tal evaluación no es, por el contrario, compartida por el juez Pinto de Albuquerque y Karakaş, para quienes los graves vicios originarios del procedimiento se reflejaban negativamente en la *justicia* del ulterior procedimiento judicial. Para el juez Pinto, lo anterior provocaría una consecuente ilegitimidad de las sanciones mismas impuestas por la Consob, por representar una ilegítima interferencia sobre el derecho de propiedad de los recurrentes.

Un buen golpe para el ordenamiento italiano, aquel acertado por Estrasburgo, no sólo y no tanto en relación con el caso concreto (que, por ironía, ya había terminado un par de meses antes del pronunciamiento de la CEDH, por efecto de la prescripción del delito imputado a los recurrentes, detectado en la casación<sup>8</sup>), como respecto a las consecuencias generales de esta sentencia en todas las materias (en los abusos de mercado, pero también en los delitos tributarios, y variados otros temas) caracterizadas por un doble binario sancionatorio, administrativo y penal, en cuyo respecto los rangos de acción suelen coincidir o sobreponerse, sin que ello haya sido considerado nunca como un problema por el legislador italiano; o por un procedimiento de imposición de sanciones administrativas (y la relativa fase jurisdiccional), que no siempre se apega perfectamente a los principios del *juicio justo*, enunciados por Estrasburgo.

Por lo tanto, tras la publicación de *Grande Stevens*, las preguntas que recaeron sobre los intérpretes fueron al menos de dos tipos: a) como evitar, de *lege lata*, incurrir en ulteriores violaciones a la Convención o a sus protocolos en estas materias, y b) como repensar, de *lege ferenda*, los sistemas sancionatorios, en un modo de poner al ordenamiento jurídico italiano en línea con estas obligaciones.

El presente trabajo tiene por objeto convertirse en una pequeña contribución en la búsqueda de respuestas a estas fundamentales interrogantes, específicamente, respecto a la relación del *ne bis in idem* y la represión de los abusos de mercado. El limitado espacio a mi disposición, no me permite afrontar las cues-

---

<sup>8</sup> Corte Suprema (sección I), sentencia N° 19915, de 17.12.2013.



tiones (totalmente estimulantes) puestas en relevancia por los jueces, relativas a la equidad en el proceso de irrogación de sanciones administrativas por parte de la Consob<sup>9</sup>, ni la cuestión de la compatibilidad con los principios expresados en *Grande Stevens*, de otros sectores normativos (como, por ejemplo, respecto a la represión de los ilícitos tributarios), que han sido, no obstante, objeto de una intensa atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia italianas en este último año y medio<sup>10</sup>.

Muchas de las observaciones formuladas (especialmente sobre el tema de las repercusiones de *lege lata* de la sentencia de la Corte) podríán, en todo caso, ser generalizadas, *mutatis mutandis*, también en aquellos contextos normativos en los cuales exista un problema análogo de la compatibilidad con el derecho al *ne bis in idem*, ante la existencia de un sistema sancionatorio a “doble binario”.

### III. LAS REPERCUSIONES DE *GRANDE STEVENS*: DE *LEGE LATA*...

Restringiendo el foco sobre el *ne bis in idem* y los abusos de mercado, el punto de partida es que (sin perjuicio de lo ya dicho) el problema no se limitaba sólo a

<sup>9</sup> Para profundizar véase: ALLENA, ob. cit., pp. 1061 y ss.

<sup>10</sup> En doctrina véase: FLICK, Giovanni, Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo, en *Diritto penale contemporaneo* (2014); FLICK, NAPOLEONI, ob. cit., 985 y ss.; MAZZA, Oliviero, L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari, en *Rassegna tributaria* 4 (2015), pp. 1033 y ss.; DOVA, Massimiliano, Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile, en *Diritto penale contemporaneo* (2014). Con referencia a una problemática distinta respecto de aquélla del doble binario sancionatorio, véanse las observaciones de: GALLUCIO, Alessandra, Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2016). Respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema, véase: Corte Suprema (sección III), sentencia N° 31378, de 14.01.15, y el comentario respecto de la misma, se recomienda VALSECCHI, Alfio, Per la Cassazione non viola il divieto di bis in idem la previsione di un doppio binario sanzionatorio per l'omesso versamento di ritenute previdenziali, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015); Corte Suprema (sección III), sentencia N° 10475, de 9.10.2014; Corte Suprema (sección III), sentencia N° 19344, de 11.02.2015. Respecto a jurisprudencia de fondo, véase: Tribunal de Turín (sección V), procesos N° 16821/12 y 1444/14, de 17.11.2014, con nota de SCOLETTA, Marco, Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2014); Tribunal de Boloña, decisión de 21 de abril de 2015, de 21.04.2015, con comentario de CAIANELLO, Michele, Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale; en *Diritto Penale contemporaneo* (2015); Tribunal de Boloña, decisión de 16 de septiembre de 2015, de 16.09.2015; con comentario y VIGANÒ, Francesco, Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015); y últimamente, Tribunal de Turín, proceso N° 14263/13 y 19421/14, de 27.11.2015; con comentario de GITTARDI, Irene, Eternit “bis in idem”? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015).

la particular situación de los recurrentes en *Grande Stevens*, sino sobre el hecho de que es el marco normativo mismo, en materia de represión de los abusos de mercado, el que crea fisiológicamente situaciones de contravención del Protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Los problemas del ordenamiento italiano son, por tanto, sistemáticos, para utilizar una expresión empleada por la Corte de Estrasburgo; y requieren, para su solución, una toma de posición madura y consciente de parte del legislador, según las coordenadas que buscaré clarificar en la parte conclusiva de este trabajo.

Los jueces italianos, ante esta situación, están llamados a dar una respuesta inmediata, para evitar crear las condiciones de una futura condena de nuestro país en Estrasburgo.

Revisemos, entonces, la *lex lata*, con la cual los jueces deben hacer los cálculos. La eventualidad de un doble binario sancionatorio, por los mismos hechos materiales, está inserta en un sistema en el cual los delitos y los correspondientes ilícitos administrativos tienen un radio de aplicación que se sobrepone o, en la mejor de las hipótesis, que resulta concéntrico: en el cual una vasta área de hechos resulta calificable contemporáneamente como delito y como ilícito administrativo. Ninguna norma permite, por otro lado, a una u otra autoridad competente para sancionar (la Consob y los jueces penales) la posibilidad de renunciar al propio procedimiento y a la relativa sanción, en favor del binario sancionatorio alternativo. En el contexto del proceso penal rige, incluso, un principio constitucional de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, que podría impedir cualquier renuncia voluntaria del ejercicio de tal acción, por parte del Ministerio Público.

Ni siquiera el art. 649 CPP, que prevé a nivel de legislación ordinaria la prohibición de un segundo juicio, parece venir en ayuda: la norma establece que no se puede ser sometido *de nuevo* a un procedimiento *penal* por el mismo hecho imputado, tras haber sido absuelto o condenado con sentencia o decreto *penal* firme. Aquí la insistencia sobre el adjetivo “*penal*” evoca, por unánime opinión de la doctrina y la jurisprudencia, un criterio de evaluación *formal* de la decisión y del procedimiento, que no se presta para una lectura *sustancial*, como aquella que adopta la jurisprudencia europea.

¿Qué hacer entonces?

Más allá de ir a la guerra contra los jueces de Estrasburgo (presumiendo que se crea tener la razón: presunción que, al menos, debe tenerse en duda, frente a las críticas hechas de forma unánime por la doctrina, contra el actual sistema de doble binario, formuladas en tiempos en que nadie presumía, todavía, una futura intervención de la CEDH en esta materia), no queda más que imaginar soluciones que permitan *componer la antinomia* entre derecho legislativo italiano y obligaciones supranacionales; explorando escenarios en parte familiares para los jueces italianos, en parte ignorados, cuya *practicabilidad* podría, no obstante, ser ensayada justamente en relación con la cuestión examinada.

### 1. La vía del art. 117, inciso primero, de la Constitución

La primera posible vía fue ya experimentada por la Corte Suprema, tras *Grande Stevens*; y pasa por la intervención de la Corte Constitucional, a través del mecanismo del art. 117, inciso primero, de la Constitución, de acuerdo a lo inaugurado por las sentencias gemelas (N°s. 3488 y 349) de 2007.

En el ámbito de un procedimiento penal por el delito de abuso de información privilegiada, establecido en art. 184 t.u.f., en contra de un recurrente que ya había sido sancionado en instancia definitiva por el mismo hecho (diversamente calificado en términos del art. 185 *bis* t.u.f.) por parte de la Consob, la quinta sección penal de la Corte Suprema, detectando la impracticabilidad de una *interpretación conforme* con la normativa interna y con supranacional<sup>11</sup>, planteó: a) en vía principal, cuestión de legitimidad constitucional –por violación del art. 117, inciso primero, de la Constitución, en relación con el art. 4 del Protocolo N° 7 de la Convención–, del art. 187 *bis* t.u.f., en la parte que prevé “*Salvo las sanciones penales cuando el hecho constituya delito*”, b) y en vía subsidiaria, cuestión constitucional por violación del mismo parámetro y con referencia a la misma disposición convencional, del mismo art. 649 CPP, en la parte en que no prevé la aplicación de la prohibición de un segundo juicio, en el caso de que el imputado haya sido ya juzgado, con decisión irrevocable, por el mismo hecho, en el contexto de un procedimiento administrativo por la aplicación de una sanción a la cual debe reconocerse naturaleza penal, en términos de la Convención y de los relativos protocolos<sup>12</sup>.

La primera cuestión afecta a la norma misma que establece el ilícito administrativo, y en particular a la cláusula de apertura, funcional en la intención del legislador (como se mencionó más arriba) para remarcar la recíproca independencia y, por tanto, la normal coexistencia de las dos sanciones (y de los recíprocos procedimientos). El fin de la Corte Suprema es solicitar a la Corte Constitucional una intervención modificatoria, que permitiría al intérprete conseguir el resultado

<sup>11</sup> Desde un punto de vista diferente, por otro lado, Tribunal de Brindisi, sentencia de 17 de octubre de 2014, de 17.10.2014, con comentario de FINOCCHIARO, Stefano, *Improcedibilità per bis in idem a fronte di sanzioni formalmente ‘disciplinari’: l’art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2014). El Tribunal de Brindisi, considerando practicable una interpretación del art. 69 CPP, en sentido conforme a lo establecido por el art. 4 del Protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en el contenido atribuido a éste por la sentencia *Grande Stevens*, concluyó la procedencia del sobreseimiento, en aplicación del art. 529 CPP, por improcedencia de la acción penal por *ne bis in idem*, en relación a un imputado que, por el mismo hecho, había ya recibido una sanción considerada *disciplinaria* por el ordenamiento penitenciario italiano, pero considerable *penal* en términos de la CEDH.

<sup>12</sup> Corte Suprema (sección V), ordenanza N° 1782/15, de 10.11.2014.

exactamente opuesto, en conformidad a las indicaciones de la jurisprudencia supranacional: aquél, por tanto, de excluir la aplicación de sanciones administrativas en todos los casos en los cuales el hecho constituya delito, y pueda, por tanto, ser sancionado como tal.

El problema que puedo vislumbrar aquí (más allá de las intenciones de la Suprema) tiene relación con la relevancia misma esta cuestión en el juicio *a quo*, en el cual la norma impugnada *no debe ser aplicada*<sup>13</sup>: el art. 187 bis t.u.f. había sido, de hecho, ya aplicado definitivamente por la Consob (y después por el juez civil, en el juicio respectivo); mientras en el proceso penal, en el cual interviene ahora la Suprema, la única norma sancionatoria destinada a ser aplicada es el art. 185 t.u.f., que prevé el correspondiente delito<sup>14</sup> (y no el 187 bis).

No sólo admisible<sup>15</sup>, sino fundada me parece, por el contrario, la segunda cuestión<sup>16</sup>, formulada por la quinta sección, sólo en vía subsidiaria: si se considera que el art. 649 CPP no es susceptible de una interpretación conforme a las obligaciones que fluyen del art. 4 del Protocolo y de la Convención, por parte de los jueces comunes, a través de una lectura extensiva de la noción “*sentencia o decreto penal*”, resulta del todo plausible la solicitud a la Corte Constitucional de extender, por medio de un pronunciamiento aditivo, la obligación para el juez penal de pronunciar una sentencia de imposibilidad de proceder, también en la hipótesis que aquí viene en consideración. Salvo que la Corte Constitucional no considere procedente individualizar algún principio constitucional que se oponga a tal conclusión<sup>17</sup>, el camino parece pavimentado para el acogimiento (que, en todo caso, no quedó aislado, siendo seguido de otras cuestiones paralelas, en materia de manipulación de mercado<sup>18</sup> y

---

<sup>13</sup> En este sentido SCOLETTA, Marco, Il doppio binario sanzionario del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2014); y FLICK, NAPOLEONI, ob. cit., p. 10.

<sup>14</sup> Esta cuestión podría resultar, por el contrario, admisible en el ámbito de un eventual juicio, en virtud de las sanciones impuestas por la Consob, en el cual se discuta, precisamente, la aplicación del art. 187 bis (o del 187 ter, en materia de manipulación de mercado).

<sup>15</sup> Con la salvedad de lo que se dirá en el párrafo siguiente, en relación a los principios que regulan la solución de las antinomias, entre derecho nacional y las normas de derecho de la Unión dotadas de efecto directo, como el art. 50 CDFUE, que –a mi juicio– bien podría ser invocado en esta materia.

<sup>16</sup> Que incorpora, además, de una manera casi igual, la formulación que había formulado yo mismo, en a la contribución recientemente citada (realizado en el transcurso de un congreso ante la Corte Suprema), véase VIGANÒ, Doppio binario, ob. cit., p. 228.

<sup>17</sup> Operación, no obstante, muy difícil de llevar a cabo, por las mismas consideraciones sobre el punto, véase también VIGANÒ, Doppio binario, ob. cit., p. 228.

<sup>18</sup> Corte Suprema, ordenanza de 6.11.2014. Esta cuestión se analizó por la Suprema, en el ámbito de un juicio de oposición en contra de la decisión de la Consob, de aplicar sanciones administrativas por un hecho de manipulación de mercado (establecido en el art. 187 Ter t.u.f.).

de delitos tributarios<sup>19</sup>). En consideración, particularmente, del hecho de que la sentencia *Grande Stevens* enuncie *principios bien consolidados* por la jurisprudencia de Estrasburgo, que permitiría dejar atrás, también, la reciente humillación producida por la (muy criticada) sentencia N° 49/2015, en lo relativo a la cuestión del art. 177, inciso primero, de la Constitución<sup>20</sup>.

## *2. La vía de la aplicación directa del art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*

Pero hay al menos una segunda vía, alternativa a la anterior, que se habría podido (y quizás debido) recorrer en el intento de componer la antinomia: una vía, esta vez, que *no pasa por la Corte Constitucional*, y que bien habría podido ser gestionada directamente por el *juez común*, eventualmente previo diálogo con la Corte de Justicia de la Unión Europea.

El derecho al *ne bis in idem* está reconocido, en el plano supranacional, no sólo por el art. 4 del Protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, sino también, en el ordenamiento comunitario, por el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante: CDFUE), que reza: “*Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley*”. La norma tiene una formulación muy similar a aquélla de la Convención, aunque su radio de acción se expanda a todo el espacio jurídico de

---

Regla con una sospecha de legitimidad, por afectación del art. 117, inciso 1, de la Constitución, sin que haya sido explicitado en términos unívocos el parámetro de convencionalidad interpuesto. Para algunas curiosas observaciones, véase: VIGANÒ, Doppio binario, ob. cit.

<sup>19</sup> Y más precisamente en relación al delito de omisión del pago de IVA, establecido en el art. 10 *ter*, del decreto legislativo 74/2000: cfr. Tribunal de Bolonia, ordenanza de 21 de abril de 2015, de 21.04.2015.

<sup>20</sup> Sobre tal pronunciamiento, véase BIGNAMI, Marco, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015); MANES, Vittorio, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015); MARTINICO, Giuseppe, *Corti costituzionali (o supreme) e ‘disobbedienza funzionale*, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015); PULITANÒ, Domenico, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015); TEGA, Diletta, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, en *Quaderni Costituzionali 2* (2015), pp. 400 y ss.; VIGANÒ, Francesco, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015); ZAGREBELSKY, Vladimiro, *Corte cost. n. 49 de 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, en *Rivista AIC* (2015).

la Unión Europea (en adelante, indistintamente “la Unión” o “UE”), y no sólo al interior del Estado (como sucede en cambio en el caso del art. 4 del Protocolo 7 de la Convención, cuyo ámbito aplicativo está expresamente confinado a la prohibición de la doble persecución y condena de parte de la “*jurisdicción del mismo Estado*”).

Sin embargo, prescindiendo de esta diferencia, las Explicaciones Oficiales de la CDFUE (la cuales el intérprete debe “tener en cuenta” en términos del art. 6 § 1 TUE) aclaran, a propósito del art. 50, que “con respecto a las situaciones contempladas en el art. 4 del Protocolo 7, es decir, la aplicación del principio al interior de uno de los Estados miembro, *el derecho garantizado tiene el mismo significado y el mismo alcance del correspondiente derecho consagrado por la Convención*”.

Esto parece conforme, por lo demás, a la regla general establecida por el art. 52 § 3 CDFUE, al tenor de la cual “*En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convención Europea de Derechos Humanos, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convención*”: regla general que las Explicaciones Oficiales, en el art. 52, aclara como referidas también a los protocolos de la Convención (entre ellos, por tanto, el N° 7), y a la interpretación realizada por la CEDH de dicha Convención y sus protocolos.

De esto surge una primera consecuencia relevante a nuestros fines: el derecho reconocido por el art. 50 de la CDFUE debe ser leído en conformidad a la jurisprudencia de Estrasburgo referida al art. 4 del Protocolo 7 de la Convención; y por tanto, como prohibitivo de un segundo juicio, cada vez que el mismo *hecho material* haya sido ya sancionado definitivamente, como consecuencia de un procedimiento que, más allá de ser formalmente calificado como administrativo, tenga una *sustancial naturaleza penal*<sup>21</sup>. Precisamente es el caso del procedimiento sancionatorio de la Consob.

---

<sup>21</sup> Que el art. 50 de la CDFUE incorpore todas las garantías deducidas por la Corte de Estrasburgo, establecidas en el art. 4 del Protocolo 7 fue, de hecho, autoritariamente puesto en duda por el Abogado General Villalón, en las conclusiones de la causa *Fransson*, en la cual se destaca como no todos los Estados miembros de la UE ratificaron el Protocolo 7 (entre ellos, Alemania, Bélgica, Holanda, Reino Unido) y como numerosos otros Estados (entre ellos, como se dijo, Italia) formularon reservas en el acto de ratificación, con el fin de circunscribir el alcance del principio sólo a los casos en los cuales el sujeto ha sido previamente juzgado en un procedimiento calificado como *penal*, en los términos del ordenamiento interno. En razón de tal circunstancia, el Abogado General sostuvo la necesidad de no aplicar el criterio general, fijado en el art. 52 § 3 de la CDFUE, de *equivalencia mínima* entre la tutela ofrecida por la norma de la CDFUE y aquélla correspondiente a las normas de la Convención y de sus Protocolos, en favor de una interpretación autónoma del art. 50. Más precisamente, tal disposición no implicaría que la previa existencia de una sanción definitiva, *considerada como meramente administrativa por el ordenamiento del Estado miembro*, impida la apertura de procedimientos ante la jurisdicción penal, que pueda eventualmente concluir con una condena, siempre que, en tal caso, el juez penal sea puesto en condición de tener en cuenta la existencia de sanciones administrativas previas, con el fin de mitigar la pena que será impuesta en sede penal (§§ 81-96). La opinión del Abogado General, en todo caso, no fue seguida

La individualización (en el art. 50 CDFUE) de una nueva y diferente base jurídica para la hipótesis de *ne bis in idem* que estamos revisando, no responde, por otra parte, a una mera lógica analítico-clasificatoria. Tras la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, de hecho, la Carta se transformó en parte integrante del derecho primario de la Unión, ganando (como recita el art. 6 § 1 TUE) “*el mismo valor jurídico de los tratados*”: con la consecuente asunción de caracteres de primacía, respecto al mismo derecho nacional, característico del derecho de la Unión. Lo anterior permite que en las controversias pendientes ante los jueces nacionales, se materialice, posiblemente, el *efecto directo*, eventualmente previa inaplicabilidad de hipotéticas normas internas en contravención. El art. 50 CDFUE (como se nota) tiene todas las características para producir tal efecto, tratándose de norma precisa, tiene contenido negativo, incondicional y, por tanto, no presupone necesariamente de actos de implementación por parte del Estado miembro<sup>22</sup>.

Naturalmente, la condición por la cual una disposición cualquiera de la CDFUE pueda ser invocada ante un juez (nacional o europeo) es que la controversia se radique en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión, en términos del art. 51 CDFUE<sup>23</sup>. Pero es igualmente claro que la represión de los abusos de mercado cae,

---

por la Gran Sección en la sentencia, que definió el procedimiento *Fransson* (Corte de Justicia UE: Gran sección, causa Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10, de 26.02.2013): sentencia en la cual se invita al juez nacional a evaluar él mismo, si la imposición de un *recargo* por la comisión de un ilícito tributario, en el procedimiento administrativo previo, tiene o no una naturaleza penal, a la luz de los criterios sustanciales y autónomos establecidos en *Engels* (calificación jurídica del ilícito en el derecho nacional, naturaleza del ilícito y grado de severidad de las sanciones arriesgadas) que la Corte de Justicia UE hace tiempo hace propias. Aunque en términos no precisamente inflexibles, el pronunciamiento confirma de esa manera (en términos totalmente contrarios a lo dicho por el Abogado General) el carácter no decisivo de la calificación como “sanción administrativa” en los términos del derecho nacional, en relación con la aplicación del principio del *ne bis in idem*, en términos del art. 50 CDFUE. Sobre las ambigüedades de la sentencia y en relación a la definición del ámbito aplicativo del art. 50 CDFUE, véase: VOZZA, Donato, I confini applicativi del principio del *ne bis in idem* interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell’Unione europea, en *Diritto Penale Contemporaneo-Rivista trimestrielle* 3 (2013), pp. 294 y ss.

<sup>22</sup> En la citada sentencia *Fransson*, justamente en referencia al derecho establecido en el art. 50 CDFUE, la Gran Sección de la Corte de Justicia UE confirma (§ 45) “*En lo que respecta a las consecuencias que el juez nacional debe extraer del conflicto entre disposiciones del propio derecho interno y los derechos garantizados por la CDFUE, según una constante jurisprudencia, el juez nacional es el encargado de aplicar, en el ámbito de su competencia, las normas de derecho comunitario, y tiene la obligación de garantizar la plena eficiencia de tales normas, no aplicando, en consecuencia, de propia iniciativa, cualquier disposición nacional que entre en contravención, sin tener que pedir o atender, antes, por vía legislativa o constitucional, su remoción*”.

<sup>23</sup> Cfr. Corte de Justicia UE: Sección IX, Ordenanza C-497/14, de 15.04.2015. La Corte se declara *manifestamente incompetente* para responder a la demanda de pronunciamiento prejudicial elevada por el Tribunal de Turín: sección IV, ordenanza de 27 de octubre de 2014, de 27.10.2014,

plenamente, en este ámbito de aplicación, como demuestra la nutrida normativa secundaria existente en esta materia (desde la primera directiva de 2003, respecto a la cual ya hicimos mención anteriormente, hasta la reciente directiva 2014/57/UE: la c.d. MAD II, que abroga y sustituye la precedente). Normativa que, entre otras cosas, impone hoy, a los Estados miembros, obligaciones precisas respecto a la represión penal de las conductas más graves de abuso de mercado.

El derecho al *ne bis in idem*, reconocido en el art. 50 del CDFUE (en la extensión que deriva de la jurisprudencia de Estrasburgo, que se formó a partir de la norma paralela del art. 4, del Protocolo 7 de la Convención), deberá, por tanto, hacerse respetar directamente por los jueces italianos. Como se nota, esto produce que deberá respetarse por los mismos jueces *comunes*, que tienen la tarea de dar inmediata atención, en esta materia, al derecho de la Unión, sin deber ni poder remitir la cuestión de la antinomia a la Corte Suprema, en razón de los principios enunciados por la Corte, en el caso *Simmenthal*, y respaldado por la muy conocida sentencia *Granital*.

En todo caso, los jueces italianos podrían buscar un diálogo con el juez “natural” del derecho de la Unión, esto es, con la Corte de Justicia Europea.

En todo caso, los jueces italianos podrían buscar un diálogo con el juez “natural” del derecho de la Unión, esto es, con la Corte de Justicia Europea: por ello, bien podría ser presentada una demanda prejudicial, en términos del art. 267 TFUE, con el fin de clarificar las implicaciones del derecho al *ne bis in idem*, consagrado en el art. 50 CDFUE, en la materia específica de la represión de los abusos de mercado<sup>24</sup>. Pero, honestamente, dudo que la Corte de Justicia pueda elegir colocarse en colisión abierta con la jurisprudencia paralela de su prima, la Corte de Estrasburgo, afirmando, además, principios distintos a aquellos ya expresados, aunque sea entre líneas, en la sentencia *Akerberg Fransson* del 2013: principios resumibles en el recordatorio, al juez nacional, de que no viole la prohibición del *ne bis in idem*, en aquellos casos en los cuales, al precedente procedimiento y sanción administrativa, deba ser asignada una naturaleza *sustancialmente penal*, a la luz de los ya clásicos criterios *Engel*.

---

en mérito de la compatibilidad con el principio europeo del *ne bis in idem*, establecido en el art. 50 CDFUE, que presenta la normativa interna (art. 10, decreto legislativo N° 74/2000) que permite perseguir penalmente, por omisión del pago impuestos retenido, el sujeto que ya haya sido sancionado, por el mismo hecho, por decisión administrativa irrevocable, que haya impuesto una *recarga* impositiva, en términos del art. 13 del decreto legislativo 471/1997. La Corte de Justicia UE destacó en particular (§ 28) que se trata de una cuestión que “*concierna la aplicación de disposiciones de derecho italiano (...) sin que exista un nexo con el derecho comunitario*”. El punto ya se había destacado por SCOLETTA, Marco, *Ne bis in idem*, ob. cit.

<sup>24</sup> Camino emprendido por Tribunal de Bérgamo, ordenanza de 16.09.2015 (*supra*, referencia N° 10).



Es cierto que el camino de la aplicación directa del art. 50 CDFUE, por parte del juez común, no ha sido todavía utilizado con determinación por nuestros jueces: que, más bien, parecen reacios a interiorizar las consecuencias de la incorporación de la Carta en el derecho primario de la Unión, acaecida con el Tratado de Lisboa. La Carta continúa oculta en nuestro ordenamiento, como una suerte de *bomba sin explotar*: una realidad con consecuencias potenciales todavía sin expresión, cuyos efectos, no obstante (derivados implacablemente del derecho de la Unión) podrían ser explosivos, en la medida en que terminen por atribuir al *juez común*, en todas las (siempre más numerosas) materias reguladas por el derecho comunitario, el rol de controlador de la compatibilidad entre ley interna y derechos fundamentales reconocidos por la CDFEU. Lo anterior, además, en la extensión atribuida por la Corte de Estrasburgo. Todo lo anterior con una consecuente (y, para mí, difícilmente evitable) crisis del modelo centralizado de control de constitucionalidad de las leyes, diseñado por los padres constituyentes, al menos para la protección de los derechos fundamentales.

Es del todo previsible, en estas condiciones, que la Corte Constitucional se cuide bien al declarar inadmisibles las cuestiones de constitucionalidad, presentadas bajo el argumento (que podría y debería ser constante) según el cual recae en los jueces comunes resolver el conflicto, en aplicación directa del art. 50 CDFUE. En contra, resulta mucho más plausible vislumbrar la hipótesis de que la presentación se decidirá por el tenaz intento de defender su propio rol central, en la evaluación de la compatibilidad de la legislación ordinaria con los derechos fundamentales, frente a las tendencias centrípetas de matriz comunitaria.

En todo caso, ni siquiera para los jueces del Tribunal Constitucional podrá escapar que un eventual (y traicionero) “descubrimiento” de la Carta y de sus potencialidades, por parte de nuestros jueces comunes (quizás justamente en materia del *ne bis in idem* y de represión de los abusos de mercado), podrá frustrar realmente este esfuerzo, abriendo la calle a escenarios de control difuso de la compatibilidad entre leyes ordinarias y derechos fundamentales todavía por explorar en nuestra experiencia jurídica continental.

### 3. *La vía de la aplicación directa del art. 4, Protocolo 7, de la Convención Europea de Derechos Humanos*

Sin embargo, quizás no sea necesario llegar a tanto para resolver en el inmediato los problemas suscitados a partir de *Grande Stevens* en el ordenamiento italiano. Existe, al menos, una tercera vía, capaz de conducir sin trauma (y sin particulares implicaciones sobre el sistema), al juez italiano, por un lado, y a la misma Consob, por otro, deteniendo el procedimiento sancionatorio tan pronto como quede firme una sanción (penal o administrativa), irrogada por el mismo hecho y por otra concurrente autoridad.

Esta vía, recurrible también por el juez común sin necesidad de involucramiento de la Corte Constitucional, pasa por la aplicación directa, no del art. 50 CDFUE, sino del mismísimo art. 4, del Protocolo 7, de la Convención.

Esta forma de solución no resultó cerrada por las sentencias gemelas de 2007: que si bien prohibieron al juez común el *no aplicar* las normas de ley nacional en favor de la Convención y de sus Protocolos, no pretendieron prohibir la *aplicación directa* de estas fuentes internacionales, incorporadas en el derecho interno, en razón de la cláusula de “plena y entera ejecución”, contenida en la ley de autorización para la ratificación, siempre y cuando, por supuesto, que dicha aplicación directa no produzca una *desaplicación* de la norma interna en contraposición. Lo que sucede (que no existe *desaplicación*), como en otras ocasiones pude destacar<sup>25</sup>, cada vez que la norma internacional se inserte en un *espacio jurídicamente vacío* (en una laguna, para utilizar un término corriente en la teoría general del derecho), o sea, no regulado por las debidas fuentes.

Por tanto:

– el Protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos fue ratificado en el ordenamiento jurídico italiano, mediante la ley N° 98, de 9 de abril de 1990, que contiene, como usualmente, la cláusula de “plena e integra ejecución” de sus normas: las cuales se transforman, así, en parte integrante de la “ley”, a la cual cada juez italiano está sometido, en consideración del art. 101, inciso 2, de la Constitución;

– incorporadas en el sistema normativo que vincula al juez, las normas internacionales conservan, no obstante, su naturaleza originaria, y quedan, por tanto, sujetas a los  *criterios hermenéuticos* (generales y especiales)  *vigentes en el ordenamiento internacional*;

– el sistema de la Convención y de sus Protocolos individualiza, en la CEDH, al intérprete auténtico de las normas contenidas en dichas fuentes (art. 32 de la Convención): por lo cual el contenido de la disposición del art. 4 del Protocolo 7, deberá construirse a la luz de las indicaciones provenientes de la jurisprudencia de Estrasburgo.

– entendido bajo estas indicaciones, el art. 4 del Protocolo 7 de la Convención, tiene un área aplicativa que excede aquello regulado por el art. 649 CPP, en el nivel nacional, extendiendo la prohibición de segundo juicio no sólo a las hipótesis en las cuales el sujeto fue absuelto o condenado por sentencia o decreto penal firme, sino, también, a aquellos casos en que haya sido sancionado con una decisión definitiva, formalmente administrativa, pero con una naturaleza  *sustancialmente* penal;

---

<sup>25</sup> VIGANÒ, Francesco, L'adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale, en *Diritto Penale Contemporaneo-Rivista trimestrielle* 2 (2014), pp. 170 y s.

– por tanto, respecto a esta área en que el art. 4 del Protocolo 7 excede al art. 649 CPP, la primera opera como la norma de referencia, aplicable, por tanto, por el juez italiano. Una norma, por tanto, que regula un caso abstracto no abordado de modo alguno (ni de forma contraria, ni de forma conforme) por la norma italiana contenida en el art. 649 CPP: la cual, por tanto, no debe ser *desaplicada*, por tener por objeto una distinta (y más circunscrita) hipótesis, caracterizada por la presencia de una sentencia o decreto penal de condena, calificable, también, como *formalmente* penal.

Por tanto, en la hipótesis en examen, bien podría el juez penal detener el proceso penal en curso, mediante un pronunciamiento procesal de *no deberse proceder*; como se nota, lo dicho vale también para la Consob, que estando articulada también como un poder del Estado, está vinculada al respeto de la Convención y de sus Protocolos, sin que, en sentido contrario, pueda ser invocado el principio de obligatoriedad de la acción penal pública: que sigue siendo un principio sagrado, en la medida que, sin embargo, la acción penal *no haya sido ya ejercida* por el Estado, frente al mismo hecho, más allá de que se presente bajo formas distintas, pero sustancialmente equivalentes desde un punto de vista del destinatario del *ius puniendi*.

#### IV. ... Y DE LEGE FERENDA

Todas las vías hasta ahora exploradas convergen en la solución, que me parece realmente obligatoria: a menos que se piense que Italia pueda denunciar el Protocolo 7, o pueda sistemáticamente ignorar la eventualidad de futuras condenas de parte de la CEDH, y de las consecuentes presiones políticas de parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa, nuestro país deberá renunciar a la perspectiva de una doble afirmación de responsabilidad –de parte de la Consob y de la jurisprudencia penal–, en relación a los mismos hechos concretos que son, a la vez, integrantes de distintas figuras tipificadas (administrativa y penal).

En todo caso, el remedio que la jurisdicción (común o constitucional) encuentre para enfrentar este problema seguirá siendo, por diversos motivos, insatisfactorio.

El derecho del imputado a no ser procesado, una vez concluido el primer procedimiento, en todo caso, estará a salvo: pero hasta el momento en que la primera de las sanciones sea impuesta, los dos procedimientos continuarán de forma paralela, sin algún mecanismo que permita, y mucho menos imponga, detener uno en favor del otro. Ello se debe a que la garantía convencional del *ne bis in idem* no opera en presencia de una simple litis pendencia, sino que requiere, como presupuesto, la conclusión de uno de los procedimientos.

El resultado, además de inútilmente caro para el futuro destinatario de las sanciones (en términos económicos y de sufrimiento emotivo), es poco económico para el ordenamiento jurídico entero, que está obligado a afrontar los costos legales de un procedimiento doble, cuando se sabe desde el comienzo que sólo

uno de ellos está destinado a concluirse, según la curiosa lógica del “*quien llega primero gana*”<sup>26</sup>. Una lógica, por otro lado, que en las hipótesis normales (si no siempre) conducirá por regla a la imposibilidad de sancionar *penalmente* al autor por hechos constitutivos de abuso de mercado, por la normal mayor complejidad y duración del procedimiento penal, respecto al sancionatorio llevado adelante por la Consob y de los relativos procedimientos de oposición ante la Corte de Apelaciones y la Suprema: resultando, esto último, en abierta contradicción con la obligación derivada de la Directiva 2014/57/UE, de asegurar la aplicación de sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas, frente a los autores de los delitos más graves en esta materia.

Entonces, se manifiesta como necesaria una reforma legislativa, que pueda poner orden en esta materia, repensando *desde el comienzo* el régimen de doble binario sancionatorio, introducido en 2005.

### 1. La (no) solución de la ley de delegación N° 114, de 9.07.2015

Las primeras señales evidenciadas por nuestro legislador no son, todavía, alentadoras.

El diseño de la ley de delegación europea 2014, presentado por el gobierno a las cámaras en febrero pasado, en realidad, no preveía ninguna modificación a la regulación del t.u.f., sobre la base del razonamiento de que nuestro ordenamiento jurídico se encontraría ya en línea con las obligaciones de la Directiva 2014/57/UE, en materia de sanciones penales respecto a los abusos de mercado<sup>27</sup>. El gobierno descuidaba, no obstante, rotundamente la consideración respecto a la evidente incompatibilidad de la actual regulación, con el art. 4 del Protocolo 7 de la Convención, como fue establecido en *Grande Stevens*, y, en definitiva, con el derecho primario de la Unión misma, por lo establecido en el art. 50 CDFUE.

Tras la audición parlamentaria del presidente de la Consob<sup>28</sup>, la pasada primavera, el diseño de la ley de delegación, que culminó en la ley 114, de 9.07.2015 (cuyo plazo de implementación vence el día 3.07.2016), se extendió a la reforma de las disposiciones relevantes del t.u.f. Con el art. 11 de la ley de delegación, en efecto, el gobierno buscaba adecuar el t.u.f. a las obligaciones de la Directiva 2014/57/UE

<sup>26</sup> Se señala también esta incongruencia en FLICK, NAPOLIONI, ob. cit., p. 984.

<sup>27</sup> Así la relación ilustrativa del *diseño de ley (d.d.l)* con iniciativa gubernativa N° S-1758, que establece “*Delega al Gobierno para la recepción de las directivas europeas y implementación de otros actos de la UE-ley de delegación europea 2014*”.

<sup>28</sup> Los trabajos preparatorios de la ley de delegación fueron bien ilustrados en, BASILE, Enrico, Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse: la legge-delega per il recepimento della Dir. 57/2014/UE, § 2, disponible en [http://www.laegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2015/12/approfondimenti\\_basile\\_2015.pdf](http://www.laegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2015/12/approfondimenti_basile_2015.pdf).

y al correlativo reglamento 596/2014, indicando en particular, entre los criterios directivos, la adecuación hacia arriba de los mínimos de las sanciones, contempladas para los ilícitos administrativos establecidos en los arts. 187 *bis* y *ter* (letra *f*), y la individualización (manteniendo un sistema de sanciones administrativas proporcionado, eficaz y disuasivo) de “conductas graves de abuso de mercado, punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasivas” (letra *i*), estas últimas, a determinarse “sobre la base de criterios contenidos en la Directiva 2014/57/UE, principalmente respecto a la calificación subjetiva de los transgresores, como en el caso en que estos sean representantes de las compañías emisoras, exponentes de una autoridad de vigilancia o gobierno, personas involucradas con organizaciones criminales, o personas que hayan cometido anteriormente el mismo tipo de ilícito de abuso de mercado” (letra *l*).

En la sucesiva letra *m*, finalmente, la ley de delegación prescribe al gobierno a “evitar la duplicación o el cúmulo de sanciones penales y sanciones administrativas, por el mismo hecho ilícito, a través de la distinción de los *tipos*, mediante cláusulas que permitan la imposición únicamente de la sanción más grave, o que obliguen a la autoridad judicial o a la Consob, a tener en cuenta, al momento de imponer las sanciones de competencia propia, la cuantía de aquellas ya impuestas”.

A la vista de tales disposiciones, la única reacción posible es el desaliento. Por un lado, la ley de delegación mantiene vigente las dos disposiciones, introducidas en 2005, que sancionan los ilícitos administrativos de abuso de información privilegiada (art. 187 *bis* t.u.f.) y de manipulación de mercado (art. 187 *ter* t.u.f.), ordenando, también, que se vaya agravando, aún más, el tratamiento sancionatorio. Por otro lado, la ley de delegación misma impone (al parecer) el rediseño de los límites de los correspondientes tipos penales (de los arts. 184 y 185 t.u.f.) aplicables solamente a las “conductas graves”. Estas últimas deben identificarse, no obstante, no en base a criterios objetivos, sino, exclusivamente, en razón de las *características subjetivas de los autores* (criterio, por lo bajo, bizarro para fijar la línea de demarcación entre el área penal y el área administrativa). Por último, la ley intenta hacerse cargo del problema del *ne bis in idem*, ordenando evitar la “duplicación” o el “cúmulo” de sanciones penales y administrativas por el mismo hecho ilícito: y, por tanto, no sólo por medio de la “vía maestra” de la “distinción de los *tipos*”, que, por otro lado, no se entiende cómo podría entrar en actuación con base a los criterios meramente subjetivos, recién mencionados; sino, también, *por un camino alternativo*, que se materializa en una regulación que permita *la aplicación sólo de la sanción más grave*, o que ordene a la autoridad competente (la Consob o el juez) el considerar *las sanciones ya impuestas por la otra autoridad*.

Soluciones, estas últimas, patentemente inidóneas para asegurar el respeto del *ne bis in idem* convencional, que no buscan proteger al individuo contra el cúmulo de sanciones, sino (únicamente) contra la posibilidad de ser procesado dos veces por el mismo hecho. La aplicación única de la sanción más grave, o el cómputo de

la ya impuesta en la sanción a imponerse, no resuelve nada en esta materia, desde el momento en que tales soluciones dejan intacta la posibilidad de un segundo procedimiento por el mismo hecho, frente a una autoridad distinta a aquella que impuso la primera sanción <sup>29</sup>.

Los criterios fijados por la ley de delegación establecen, en suma, una serie de *opciones suicidas* por el legislador, destinadas a ser inmediatamente invalidadas por la jurisprudencia, como consecuencia de cualquiera de los cursos examinados por los párrafos que preceden.

## 2. Las restricciones impuestas al legislador italiano por el cuadro normativo de la Unión

¿Cómo salir, entonces, de este *impasse* creado por el legislador en 2005, descubierto por la sentencia *Grande Stevens* y ahora (al parecer) agravada por una ley de delegación que, por lo bajo, resulta torpe?

Para la reconstrucción, aunque breve, de las opciones que se abren para el legislador, es necesario poner preliminarmente el acento en las obligaciones derivadas del derecho comunitario, a la luz de la pareja normativa representada por el reglamento 596/2014 (MAR) y la directiva 2014/57/UE (MAD II)<sup>30</sup>. Obligaciones cuya contundencia (es bueno recordarlo desde un principio) está subordinada, desde un inicio, a su compatibilidad con los derechos fundamentales reconocidos por la CDFUE, entre ellos, por supuesto, el art. 50 recién examinado, que obliga de la misma manera a los Estados miembros y a la propia Unión Europea.

En razón de la directiva 2003/6/CE (o MAD I), los Estados miembros estaban llamados a adoptar un sistema de sanciones administrativas para los abusos de mercado, vinculados a una autoridad central creada según los criterios de la directiva (la Consob en el derecho italiano). Los Estados miembros eran, *por el contrario*, libres a la hora de adoptar o no sanciones penales, en contra de los autores de los mismos hechos, cuestión de la cual la vieja directiva (adoptada en época pre-Lisboa y anterior de la sentencia *Commissione c. Consiglio*, de septiembre de 2005, que por primera vez reconocía al instrumento de la directiva como legítimo para imponer obligaciones de criminalizar) naturalmente no se ocupaba<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> En el mismo sentido, BASILE, ob. cit.

<sup>30</sup> Respecto a la reciente normativa UE, véase: MUCCIARELLI, Francesco, La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015).

<sup>31</sup> La cuestión de si una situación así podría producir, para los Estados miembros, un problema de *ne bis in idem* (y en qué medida), no era particularmente advertido al inicio de los años dos mil en el ámbito comunitario. Cfr., no obstante, la opinión sobre este punto, del Abogado General Kokott, en la causa *Spectrum* (C-45/08), de 10.09.2009, § 103: “La cuestión de si en un

Sobre la base de las novedades normativas de 2014, el cuadro, en cierto sentido, se *invierte*. La nueva directiva (MAD II) –adoptada sobre la base jurídica del art. 83 § 2 TFUE– obliga a adoptar sanciones penales para los *casos más graves* de abusos de mercado cometidos con dolo, y definidos en los artículos 3-6 de la misma directiva; mientras que el coetáneo reglamento (MAR) prevé, en el art. 30, que los Estados miembros conferirán a las autoridades competentes el poder de adoptar sanciones administrativas por los hechos de abuso de mercado, analíticamente descritos en el reglamento, pero precisando inmediatamente que (§ 1, inciso segundo) “*los Estados miembros pueden decidir, a más tardar el 3 de julio de 2016, no establecer normas relativas a sanciones administrativas, mencionadas en el primer inciso, si las violaciones (antes descritas) fueron ya sancionadas penalmente, en respeto del derecho nacional*”.

En suma: ahora la opción de las sanciones penales es impuesta en todo caso en el nivel de la UE, al menos, para los hechos dolosos más graves, siendo considerado a nivel europeo (con razón o no) que sólo este tipo de sanciones garantizan una disuasión suficiente respecto a este tipo de abusos, además, se crean las condiciones necesarias para una eficaz cooperación judicial entre los Estados miembros, con el fin de obtener una adecuada represión, con base a instrumentos ya existentes. Por otro lado, la obligación de contemplar sanciones administrativas, impuestas por una autoridad central, quedó, en los hechos, a la discrecionalidad de los Estados que hayan tipificado, antes de 3.07.2016, ilícitos penales por los mismos hechos (como se establece en la directiva MAD II).

La lógica de este sistema resiente, justamente, el núcleo del *ne bis in idem*, cuestión que no puede dejar de preocupar hoy (a la luz de la evolución de la jurisprudencia de Estrasburgo, de la cual *Grande Stevens* constituye sólo una expresión) también al legislador europeo. El considerando N° 23 de la directiva MAD II destaca, no por coincidencia, que “al aplicar la normativa nacional de recepción de la presente directiva, los Estados miembros deben garantizar que la imposición de las sanciones penales, en términos de la presente directiva, y de las sanciones administrativas, en términos del reglamento UE 596/2014, no viole el principio de *ne bis in idem*”. El anterior objetivo puede conseguirse, no obstante (dada la obligación de penalizar, en todo caso, los hechos dolosos más graves de abuso de mercado), renunciando a las sanciones administrativas concurrentes por

---

*procedimiento penal, desarrollado sucesivamente, se debe tener en cuenta las sanciones administrativas precedentemente impuestas, no dice relación, probablemente, sólo con la proporcionalidad de las sanciones, sino también con la prohibición del ne bis in idem (...) En todo caso, esa cuestión se plantearía sólo en el sucesivo proceso penal, que sigue al procedimiento administrativo”* (en el caso concreto, la solicitud prejudicial –que tenía por objeto, entre otras cosas, la entidad de las sanciones en un caso de abuso de información privilegiada– había sido presentada por la autoridad administrativa, y el procedimiento penal era una mera eventualidad futura).

los mismos hechos, sobre la base de la cláusula que exonera de la obligación de sancionar en sede administrativa, establecida en el art. 30 § 1, inciso segundo, del reglamento MAR.

Es interesante notar cómo el sistema compuesto por la directiva MAD II y el reglamento MAR, permiten considerar al *ne bis in idem*, en esta materia, como un problema eminentemente nacional, quizás partiendo del presupuesto de que no todos los Estados miembros ratificaron el Protocolo 7 de la Convención; de manera que para el legislador europeo, estos últimos Estados (por ejemplo, Alemania) no tienen problema alguno para establecer una concurrente sanción, penal y administrativa, por los mismos hechos<sup>32</sup>. El legislador europeo parece olvidar que el derecho al *ne bis in idem* está reconocido también a nivel comunitario, en el art. 30 CDFUE, lo que vale, obviamente, para todos los Estados miembros de la Unión Europea, hayan o no ratificado el Protocolo 7 de la Convención; y que el contenido de tal disposición de la CDFUE, como ya destacamos, comprende (en lo que se refiere a la dimensión *interna* del principio) exactamente los contenidos del art. 4 del Protocolo 7 de la Convención, como han sido entendidos por la jurisprudencia de Estrasburgo.

La impresión (no vale la pena esconderlo) es que el legislador de la UE subvaloró por mucho tiempo, también en la fase de preparación de la directiva MAD II y del reglamento MAR, las posibilidades de fricción con el *ne bis in idem*, al que un sistema de doble binario procesal y sancionatorio se expone, lo que se expresa con mucha claridad en la elección de regular cada uno de los dos binarios en dos distintos y paralelos instrumentos normativos; y que después el mismo legislador europeo, ante los vientos de guerra provenientes de Estrasburgo, intentó remediar, otorgando a los Estados miembros la posibilidad de... no aplicar en absoluto el articulado sistema de sanciones administrativas, detalladamente reguladas en el reglamento N° 596.

La solución final parece ser “agnóstica”, o quizás digna de Pilato, en la medida en que simplemente *devuelve* a los Estados miembros la responsabilidad de decidir si se articula y cómo un régimen de doble binario (estando vigente, en todo caso, la obligación de sancionar penalmente), de modo de no violar el principio de *ne bis in idem*, por ejemplo, estableciendo campos de aplicación distintos para el ilícito administrativo y aquel penal, o renunciando del todo a las sanciones administrativas.

---

<sup>32</sup> Significativa, en este sentido, es la formulación del considerando 72 del reglamento MAR: “En conformidad al derecho nacional, los Estados miembros no son obligados a imponer sanciones, tanto administrativas como penales, por el mismo delito, pero pueden hacerlo si su derecho lo permite”. Véase la distinta lectura de MUCCIARELLI, ob. cit., p. 16, que, si bien reconoce la ambigüedad del dato textual, tiende a excluir la posibilidad de que la normativa de la UE admita “duplicación sancionatoria”.



### 3. Las opciones practicables por el legislador italiano

En estas condiciones, las únicas opciones practicables por el legislador italiano (atrapado entre los vínculos que descienden del derecho europeo y la exigencia de respetar también el *ne bis in idem*, en la extensión atribuida por la jurisprudencia de Estrasburgo, sobre la base del art. 4 del Protocolo 7 de la Convención, al cual nuestro país se vinculó voluntariamente) son las dos apenas esbozadas: a) diferenciar claramente la tipificación del delito y del ilícito administrativo, de modo de evitar toda posibilidad de cúmulo de sanciones, y de los relativos procedimientos aplicables, respecto al mismo hecho material; o b) renunciar totalmente a la consagración de ilícitos administrativos (y a las relativas sanciones) en materia, al menos, de abusos de información privilegiada y de manipulación de mercado, volviendo así a la situación normativa vigente hasta 2005.

Como se ha visto, la primera solución ya está contemplada, aunque en forma alternativa por la ley de delegación aprobada por el parlamento, que establece en la letra *m* del art. 11 el camino de la “distinción de tipificaciones”, como modalidad para evitar el *ne bis in idem*. No obstante, no es fácil poner en práctica una solución así.

Comencemos por la manipulación de mercado. El art. 5 de la directiva MAD II impone el establecimiento de sanciones penales (que en términos del sucesivo art. 7 deben ser no sólo efectivas, sino, también, proporcionales y disuasivas; a su vez, debe establecerse un máximo de pena, no inferior a cuatro años de reclusión), al menos para los casos graves de manipulación de mercado dolosos.

La directiva no ofrece, por otro lado, algún criterio para distinguir entre los casos graves y aquellos menos graves (sancionables sólo en vía administrativa); y a tal fin los criterios que atienden a la *cualificación subjetiva* de los transgresores, indicados en la ley de delegación italiana, aparecen (*ictu oculi*) insuficientes para garantizar el respeto por las obligaciones de tipicar (de fuente europea) y, por tanto, extravagante respecto a la lógica del *market manipulation*, como se entiende según los estándares internacionales que la misma directiva sigue. ¿Por qué, por ejemplo, debería ser considerado un delito sólo la manipulación efectuada a través de la venta o la compra de acciones de la misma sociedad, de la cual el transgresor es “miembro”, y no, en cambio, la misma operación que tenga como objeto acciones de otra sociedad? Y ¿por qué debería, más allá de esta primera hipótesis, confinar la operatividad de las sanciones penales al caso en el cual quien comete el hecho es “un exponente de la autoridad de vigilancia o del gobierno” (la vinculación es curiosa), una “persona involucrada en una organización criminal”, o una “persona que haya cometido anteriormente el mismo tipo de ilícito de abuso de mercado” (en términos más simples, una reincidencia específica)?

Por otro lado, no es fácil siquiera imaginar criterios alternativos, en posición de ayudar al gobierno, en la difícil tarea de implementar la delegación. Con el fin

de discernir entre hechos “graves” (penalmente relevantes) y aquellos “menos graves” (sancionables en sede administrativa), no sería, en efecto, posible recurrir a criterios como *la entidad de la oscilación del precio de los instrumentos financieros que se causó*, por el hecho de que el delito de manipulación de mercado está establecido (al menos en el sistema italiano) como un delito de peligro, por lo cual, la efectiva modificación del precio no es presupuesto para afirmar la consumación<sup>33</sup>; sin contar, además, que una conducta manipulativa (o de difusión de información falsa) bien podría mirar, por ende, todo lo contrario, al mantener artificialmente *inalterado* el precio de los instrumentos, cuando ellos deberían, naturalmente, haber fluctuado hacia arriba o hacia abajo.

Otros criterios imaginables tampoco podrían ayudar, como *la cantidad de los instrumentos objeto de la negociación realizada por el transgresor*<sup>34</sup> (que sería evidentemente inaplicable a hipótesis de manipulación “informativa”), o de *la entidad de la ganancia o de la ventaja conseguida*<sup>35</sup> (por ser un elemento extraño al tipo penal actual, y cuya introducción podría producir una dificultad probatoria insuperable para el Ministerio Público).

Similar dificultad se produciría respecto a la hipótesis de abuso de información privilegiada. Aquí podría tener sentido distinguir entre sujeto interno y sujeto externo a la sociedad, de la cual el sujeto compre o venda los instrumentos financieros, abusando de la información privilegiada; lamentablemente, la directiva obliga a sancionar penalmente también al sujeto externo, que con conocimiento de información privilegiada, compre o venda instrumentos de una sociedad de la cual no sea parte. Tampoco tendrán mayor importancia los criterios descriptivos indicados en la ley de delegación, esto es, la titularidad de función de gobierno o vigilancia, el involucramiento en organización criminal o la eventual reincidencia específica.

Por otro lado, la opción de renunciar a la definición normativa de criterios descriptivos, a través del reenvío al juez de la tarea de individualizar los “casos graves” susceptibles de sanción penal, sería impracticable, y chocaría frontalmente con el principio de *taxatividad*, o de *determinación suficiente* de la norma penal, consagrado en los art. 25, inciso 2 de la Constitución, 7 de la Convención y 49 de la CDFUE), que obliga al legislador a definir con suficiente precisión los límites del área penalmente relevante, también en relación con el ilícito administrativo

---

<sup>33</sup> Ni sería practicable la hipótesis de anclar las sanciones a una efectiva alteración del precio de los instrumentos financieros, por las razones bien recapituladas por MUCCIARELLI, ob. cit., p. 40; VENTORUZZO, *abusi di mercato*, ob. cit., p. 721; VENTORUZZO, *When Market Abuse*, ob. cit., p. 162.

<sup>34</sup> Para una discusión sobre este punto, véase MUCCIARELLI, ob. cit.

<sup>35</sup> Véase, también aquí, MUCCIARELLI, ob. cit., p. 38.

contiguo; y, por tanto, también a definir desde un principio, en términos lo más unívocos posibles, qué autoridad es competente (judicial o administrativa) para proceder en contra de los transgresores, evitando así sobreposición de investigaciones y procedimientos.

Tampoco podría pensarse (en un ordenamiento jurídico en que la obligatoriedad de la acción penal tiene fuente constitucional, art. 112) en acuerdos informales, entre la Consob y el Ministerio Público, en relación a la oportunidad o no, de perseguir penalmente los hechos objeto de una investigación administrativa<sup>36</sup>.

Por lo cual, el único criterio realmente practicable, termina por ser aquel de la naturaleza *dolosa* o meramente *culposa* de la conducta<sup>37</sup>: penalmente relevante (en teoría) la primera; sólo administrativamente relevante la segunda.

Si así fuese, no obstante, realmente habría *mucho ruido y pocas nueces* (*la montagna partorirebbe un topolino*). Se tendría, entonces, que pensar en un sistema de sanciones administrativo gestionado por la Consob, con un complejo procedimiento de evaluación e imposición de sanciones, con una fase sucesiva ante el juez civil, para hechos con una relevancia criminal nula, o al menos muy circunscritos (por ejemplo, el caso del periodista que, sin efectuar las debidas verificaciones, contribuya a la difusión de información falsa); dejando, en vez, a la jurisdicción penal el conocimiento de la totalidad de las conductas dolosas de abuso de información privilegiada y manipulación del mercado, graves y menos graves.

Aquí la duda es si, al fin de cuentas, no valga la pena *de iure condendo* (y previa modificación legislativa de la ley de delegación) *renunciar del todo a las sanciones administrativas*, respecto a los dos ilícitos en cuestión, confiando su represión *exclusivamente a la jurisdicción penal*<sup>38</sup>: la cual, después de todo, estaría mejor equipada desde el punto de vista cultural, respecto a la Consob, en la gestión de eventuales hipótesis de responsabilidad meramente *culposa*, si el legislador considera imprescindible establecer sanciones en estos casos (piénsese, una vez más, en la complejidad relativa a la eventual responsabilidad de un periodista, que

---

<sup>36</sup> La eventualidad se propone –y descarta con justicia– también por VENTORUZZO, *When Market Abuse*, ob. cit., p. 162.

<sup>37</sup> Propuesta también por MUCCIARELLI, ob. cit., p. 35; VENTORUZZO, *Abusi di mercato*, ob. cit., p. 721; VENTORUZZO, *When Market Abuse*, ob. cit., p. 162.

<sup>38</sup> Véase la opinión contraria de MUCCIARELLI, ob. cit., pp. 34 y ss.; quien considera que una solución de este tipo estaría en conflicto con el principio *extrema ratio* en el uso de la sanción penal. Una preocupación similar no es, en realidad, infundada; pero –una vez que se reconozca, por un lado, la obligación (que deriva de la directiva MAD II) de prever sanciones penales para los casos más graves, y se constata, por otro lado, la insuperable dificultad de individuar una línea de demarcación entre ilícito penal y administrativo, practicable y suficientemente precisa– temo que la solución propuesta sea una suerte de opción obligatoria, para no incurrir en la violación de las obligaciones de criminalizar, de fuente europea.

conlleva siempre el difícil equilibrio entre libertad de expresión y el deber-derecho de informar).

El rol de la Consob, como se nota, seguiría siendo crucial: ésta podría, y debería, seguir desarrollando una actividad de vigilancia sobre el mercado y, de investigación de sospechosos de infracción, teniendo también fuertes poderes conferidos por el t.u.f.; actividades que podrían dar lugar a información respecto a delitos, que tendría que remitir al Ministerio Público, en vista de una eventual investigación o promoción de la acción penal. Durante el proceso, además, la Consob estaría llamada (en cuanto titular de la acción civil, en términos del art. 187 *undecies* t.u.f.) a desempeñar un esencial rol de apoyo al Ministerio Público, aportando en el proceso con las competencias técnicas que le son propias. Pero la palabra final, respecto a las sanciones penales, le corresponde sólo al juez penal.

Naturalmente no será fácil para la Consob resignarse a este nuevo rol. El actual sistema, inaugurado en 2005, une las ventajas (desde un punto de vista represivo) de ambas sanciones, administrativa y penal: inmediatez de la imposición, en razón de un procedimiento poco formalizado (y, también, con pocas garantías), por cuanto concierne a las primeras; y el efecto estigmatizador y disuasivo, propio de las segundas, pero el efecto global de este sistema, desde el punto de vista del destinatario de la potestad sancionatoria del Estado (administrativa o penal según corresponda), es aquel de *duplicar los costos* –financieros, emotivos, humanos– del sufrimiento, necesariamente envuelto en todo procedimiento sancionatorio, destinado a producir penas privativas de libertad, o gravemente limitativas de derechos fundamentales. Este efecto es contrario a un derecho fundamental del *ne bis in idem* que, aunque de muy antigua tradición, es muy recientemente reconocido a nivel europeo.

Los derechos fundamentales, en conclusión, deben ser tomados en serio: incluso frente a la necesidad de combatir eficazmente manifestaciones perniciosas de criminalidad económica, como aquellas relacionadas a los abusos de mercado.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ABBADESSA, Giorgio, Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio “ne bis in idem”, en *Giurisprudenza Commerciale 2* (2014).
- ALESSANDRI, Alberto, Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato, en *Giurisprudenza Commerciale 1* (2014).
- \_\_\_\_\_, Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio, en *Scitti per Federico Stella II* (2007).
- ALLEGREZZA, Silvia, Art. 4 Prot. 7, en BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto, ZAGREBELSKI, Vladimiro (editores), Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Padua, 2012).

- ALLENNA, Miriam, Il caso “Grande Stevens” c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu, en *Giornale Di Diritto Amministrativo* 11 (2014).
- BASILE, Enrico, Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse: la legge-delega per il recepimento della Dir. 57/2014/UE, § 2, disponibile en [http://www.la legislazione penale.eu/wpcontent/uploads/2015/12/approfondimenti\\_basile\\_2015.pdf](http://www.la legislazione penale.eu/wpcontent/uploads/2015/12/approfondimenti_basile_2015.pdf).
- BIGNAMI, Marco, Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015).
- BOZZI, Giulia, Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l’Italia per violazione dei principio dell’equo processo e del ne bis in idem, en *Cass. pen.* 9 (2014).
- CAIANELLO, Michele, Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell’Iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale; en *Diritto Penale contemporaneo* (2015).
- CARACCIOLI, Ivo, La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l’inevitabile approdo al principio ne bis in idem, en *Rivista Il Fisco* (2014).
- CASTELLANETA, Caso Grande Stevens: si applica il «ne bis in idem» se la sanzione amministrativa equivale a una penale, en *Guida al Diritto* 14 (2014).
- COSTANZO, Pasquale, TRUCCO, Lara, Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo, en *Consulta Online* 3 (2015).
- D’ALESSANDRO, Francesco, Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali, en *Dir. pen. proc.* 2 (2014).
- DE AMICIS, Gaetano, DE AMICIS, Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano, en *Diritto Penale Contemporaneo-Rivista trimestrielle* 3-4 (2014).
- DI GIUSEPPE, Marcello, Il ne bis in idem alla luce degli effetti della sentenza “Grande Stevens”, en *Rassegna tributaria* 6 (2014).
- DOVA, Massimiliano, Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile, en *Diritto penale contemporaneo* (2014).
- FIDELBO, Miranda, Il principio del ne bis in idem e la sentenza ‘Grande Stevens’: pronuncia europea e riflessi nazionali, en *Dirittopenaleeuropeo.it*.
- FINOCCHIARO, Stefano, Im procedibilità per bis in idem a fronte di sanzioni formalmente ‘disciplinari’: l’art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2014).
- FLICK, Giovanni, NAPOLEONI, Valerio, Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?, en *Rivista AIC* 3 (2015).

- \_\_\_\_\_, Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo, en *Diritto penale contemporaneo* (2014).
- FOFFANI, Francesco, Artt. 180-185 d.lgs. n. 58/1998, en PALAZZO, Francesco, PALIERO, Carlo (encargados), (Padua, 2007).
- GAETA, Piero, Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze, en *Quaderni costituzionali* 3 (2014).
- GALLUCIO, Alessandra, Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2016).
- GIOVANNINI, Alessandro, MURCIANO, Luigi, Il principio del “ne bis in idem” sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta, en *Corriere tributario* 20 (2014), pp. 1548 y ss.
- GITTARDI, Irene, Eternit “bis in idem”? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. in relazione all’art. 4 Prot. 7 CEDU, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015).
- LAVARINI, Bárbara, Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio, en *Dir. pen. e proceso* 12-Suppl (2014).
- MANES, Vittorio, La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015).
- MARTINICO, Giuseppe, Corti costituzionali (o supreme) e ‘disobbedienza funzionale’, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015).
- MAZZA, Oliviero, L’insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari, en *Rassegna tributaria* 4 (2015).
- MIEDICO, Melissa, Illecito penale o illecito amministrativo, en *Le Società* (2007).
- MONTALENTI, Paolo, Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU, *Giurisprudenza Commerciale* 1 (2015).
- MUCCIARELLI, Francesco, La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015).
- PALIERO, Carlo, Nuove prospettive degli abusi di mercato?, en VV.AA., Crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni (Milán, 2010).
- PULITANÒ, Domenico, Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2015).
- SCOLETTA, Marco, Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem, en *Diritto Penale Contemporaneo* (2014).

- \_\_\_\_\_, Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in *Diritto Penale Contemporaneo* (2014).
- TEGA, Diletta, La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu, in *Quaderni Costituzionali* 2 (2015).
- TRIPODI, Andrea Francesco, Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato, in *Diritto penale contemporaneo* (2014).
- VALSECCHI, Alfio, Per la Cassazione non viola il divieto di bis in idem la previsione di un doppio binario sanzionatorio per l'omesso versamento di ritenute previdenziali, in *Diritto Penale Contemporaneo* (2015).
- VENTORUZZO, Marco, Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia, in *Rivista delle società* 4 (2014), pp. 693 y ss.
- \_\_\_\_\_, When Market Abuse Rules Violate Human Rights: Grande Stevens v. Italy and the Different Approaches to Double Jeopardy in Europe and the US, in *Eur. Bus. Org. Law Rev.* (2015).
- VIGANÒ, Francesco, La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione, in *Diritto Penale Contemporaneo* (2015).
- \_\_\_\_\_, L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale, in *Diritto Penale Contemporaneo-Rivista trimestrielle* 2 (2014), pp. 170 y s.
- \_\_\_\_\_, Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia, in *Diritto Penale Contemporaneo* (2015).
- \_\_\_\_\_, Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva, in *Diritto penale contemporaneo* (2014).
- VINCIGUERRA, Luigi, Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu, in *Dir. prat. trib.* (2015), pp. 337 y ss.