

VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA OBLIGADA TRANSPOSICIÓN DE NORMATIVA EUROPEA. EL CONFLICTO ENTRE EL DEBER DE COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN SANCIONADORA Y EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA UNO MISMO

CARLOS PADRÓS REIG
Universidad Autónoma de Barcelona

Cómo citar/Citation

Padrós Reig, C. (2022).

Vulneración de Derechos Fundamentales por la obligada transposición de normativa europea. El conflicto entre el deber de colaborar con la Administración sancionadora y el derecho a no declarar contra uno mismo.

Revista de Administración Pública, 218, 147-170.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.05>

Resumen

La sentencia que constituye el objeto de este comentario resulta interesante desde una doble perspectiva: (i) como delimitación del derecho sustantivo a guardar silencio ante una incoación de un procedimiento administrativo sancionador. Se analiza el equilibrio entre el deber ciudadano de colaborar con la Administración, especialmente en los casos de infracciones relativas a sectores altamente regulados como es la operativa del mercado de valores y el derecho sustantivo a no declarar coactivamente o a no contribuir a la autoinculpación. En este sentido, el TJUE ha extendido tradicionalmente las garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador cuando el resultado del mismo sea de tal entidad que puede conllevar la imposición de sanciones administrativas «de carácter penal».

En segundo lugar (ii), desde el punto de vista procesal, resulta interesante analizar las esferas de protección de los derechos fundamentales dentro de la UE. La controversia surge a raíz de una cuestión de inconstitucionalidad que eleva la Corte di Cassazione italiana. El juez de garantías constitucionales, a su vez, refiere una cuestión prejudicial de interpretación y validez del propio derecho europeo derivado respecto de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Y el juez europeo cons-

truye su doctrina en base a la del TEDH aplicando la «cláusula de homogeneidad» del art. 52.3 de la Carta. Se constatan, pues, para resolver una misma afectación a los derechos fundamentales en juego, al menos tres círculos distintos que implican a cuatro altos tribunales.

Este segundo aspecto centrará nuestro análisis.

Palabras clave

Legislación de mercado de valores; obligación de cooperación con autoridades administrativas; derecho a guardar silencio; cuestión prejudicial sobre derechos fundamentales; diálogo entre tribunales.

Abstract

The judgement we present is interesting from a double perspective: (i) as a delimitation of the substantive right to remain silent before the initiation of an administrative sanctioning procedure. The judgement analyzes the balance between the citizen's duty to collaborate with administrative authorities —particularly in cases of conducts related to highly regulated sectors such as the operation of the stock market— and the substantive right not to declare coercively or not to contribute to self-incrimination. In this sense, the ECJ has traditionally extended the guarantees of the criminal process to administrative sanctioning procedure when the result thereof is of such an entity that it may lead to the imposition of administrative sanctions «of a criminal nature».

Secondly (ii), from a procedural point of view, it is interesting to analyze several spheres of protection of fundamental rights within the EU. The controversy arises as a result of a question of unconstitutionality raised by the Italian Corte di Cassazione. The judge of constitutional guarantees, in turn, refers a preliminary ruling of interpretation and validity of European law itself with respect to the European Charter of Fundamental Rights. And the European judge builds his doctrine based on that of the ECHR by applying the «homogeneity clause» of article 52.3 of the Charter. Thus, to resolve the same violation of the fundamental rights at stake, there are at least three different circles involving four high courts.

This second aspect will focus our attention.

Keywords

Regulation of stock markets; duty to collaborate with administrative authorities; right to remain silent and not to self-incrimination; preliminary ruling involving the European Charter of Fundamental Rights; Judicial dialogue among Courts.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. EL CASO ANTE LA JURISDICCIÓN NACIONAL (ITALIA). II. LA SENTENCIA STJUE (GRAN SALA) DE 2 DE FEBRERO DE 2021, DB/CONSOB (ASUNTO C-481/19). EL PAPEL DE LA CARTA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. Los derechos fundamentales que se dirimen en su aplicación al caso. 2. El pecado original. La vulneración puede provenir del propio derecho europeo derivado. 3. La interacción entre Carta; Derechos y Convención. III. IMPLICACIONES PARA ESPAÑA. LEY DEL MERCADO DE VALORES Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. EL CASO ANTE LA JURISDICCIÓN NACIONAL (ITALIA)

En febrero del año 2009, Davide Bolognesi (anonimizado como DB), en base a la información que poseía sobre el inminente lanzamiento de una OPA, adquirió 30.000 acciones de la sociedad FMR Art'e', sociedad mercantil de la que era socio junto con otras dos personas. Además, transmitió esa información a Laura Russo para que hiciera lo mismo.

El 18 de mayo de 2012, la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Comisión Nacional del Mercado de Valores de Italia; en lo sucesivo, «Consob»), después de la instrucción del correspondiente procedimiento administrativo, impuso al particular sendas sanciones pecuniarias por dos infracciones administrativas: (i) uso de información privilegiada (*insider trading*), integrada a su vez por dos conductas típicas: realizar operaciones con información privilegiada (200.000 euros) y divulgación ilícita de información privilegiada (100.000 euros); (ii) una multa de 50.000 euros por la infracción administrativa contemplada en el art. 187.15 del texto refundido de las disposiciones en materia de intermediación financiera¹, por obstaculizar la acción de la autoridad de bolsa al haber aplazado

¹ Decreto Legislativo 58, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones en materia de intermediación financiera, de 24 de febrero de 1998. GURI 71 de 26 de marzo de 1998.

varias veces la fecha de la audiencia a la que había sido convocado en su condición de persona informada de los hechos y porque, una vez que finalmente compareció, se negó a responder a las preguntas que se le formularon.

Por esos hechos la Consob impuso también al señor Bolognesi la sanción accesoria de la pérdida temporal de honorabilidad a la que se refiere el art. 187 quater, apdo. 1, del texto refundido por un período de 18 meses y ordenó una confiscación de bienes por un valor equivalente al beneficio obtenido o a los recursos empleados para obtener dicho beneficio en virtud del art. 187 *sexies* del texto refundido.

DB, en disconformidad con las anteriores resoluciones, interpuso, en primer lugar, un recurso ante la Corte d'Appello di Roma (Tribunal de Apelación de Roma) alegando, entre otras cosas, la ilegalidad de la sanción que se le impuso en virtud del citado art. 187.15 del Decreto Legislativo 58, de 24 de febrero de 1998. El tribunal desestimó dicho recurso².

Frente a ello DB siguió pleiteando e interpuso un recurso de casación. Mediante Auto de 16 de febrero de 2018³, la Corte di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia), antes de resolver el recurso, elevó dos cuestiones incidentales de constitucionalidad que debían ser examinadas por la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional): (i) en relación al art. 187.15 del texto refundido, insertado por el art. 9 de la Ley 62, de 18 de abril de 2005, en la medida en que la citada disposición sanciona la falta de cumplimiento en plazo de los requerimientos de la Consob o el hecho de provocar un retraso en el ejercicio de las funciones de esta autoridad; (ii) en relación al art. 187 *sexies* del texto refundido insertado por el art. 9.2 de la Ley 62, de 18 de abril de 2005, por la cual se confisca no solo el beneficio obtenido, sino los medios empleados para cometerlo.

Para nuestro interés, según la argumentación, el art. 187.15 podría entrar en contradicción con diversos derechos fundamentales, derivados, por un lado, del derecho nacional (el derecho de defensa y el principio de igualdad de las partes procesales, establecidos, respectivamente, en los arts. 24, párrafo segundo, y 111, párrafo segundo, de la Constitución italiana), y, por otro lado, del derecho internacional y del derecho de la Unión (el derecho a un proceso equitativo, consagrado en el art. 6 del CEDH, en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 47 de la Carta Europea de los DDFF), pudiendo conllevar la vulneración de estos últimos la inconstitucionalidad de la disposición que se cuestiona, en virtud de los arts. 11 y 117, párrafo primero, de la Constitución italiana.

En definitiva, en sede constitucional se trata de determinar si el derecho a guardar silencio solo se aplica a los procesos penales, o si, por el contrario,

² Corte d'Appello di Roma, Sentencia 5276/2013 de 20 noviembre de 2013.

³ *Ordinanza del 16 febbraio 2018 della Corte di cassazione nel procedimento civile promosso da Bolognesi Davide contro Consob - Commissione nazionale per le società e la borsa*. Disponible en: <https://bit.ly/3HLzTXY>.

también se extiende a las audiencias administrativas convocadas por la Consob en el marco de su actividad de supervisión e inspección del mercado de valores.

La *Corte Costituzionale* (Tribunal Constitucional), antes de resolver las cuestiones planteadas, eleva una cuestión prejudicial a la jurisdicción europea, cuya resolución es la que motiva nuestro estudio. Para el máximo órgano de garantías constitucionales italiano, no parece que el «derecho a guardar silencio», basado en las disposiciones constitucionales y las normas del derecho de la Unión y del derecho internacional invocadas, pueda en sí mismo justificar la negativa de una persona a acudir a la audiencia convocada por la autoridad administrativa, ni su demora en presentarse a dicha audiencia, siempre que se garantice al interesado —contrariamente a lo que ha sucedido en el caso de autos— su derecho a no responder a las preguntas que se le formulen con ocasión de tal audiencia. Es decir, no es contraria a la Constitución la obligación de colaborar siempre que se garantice el derecho al silencio.

Razona el tribunal de garantías constitucionales que una conclusión contraria implicaría el riesgo de que, de resultas de la obligación de cooperación con la autoridad de supervisión, la persona sospechosa de haber cometido una infracción administrativa que puede dar lugar a la imposición de sanciones de carácter «punitivo» contribuya también, *de facto*, a que se formule una acusación penal en su contra. En efecto, de conformidad con el ordenamiento jurídico italiano, operar con información privilegiada puede constituir tanto una infracción administrativa (art.187 *bis* del texto refundido) como un ilícito penal (art. 184 del texto refundido). Los procedimientos correspondientes pueden iniciarse y seguirse en paralelo, como ha sucedido de hecho en el caso de DB, siempre que ello sea compatible con el principio *ne bis in idem*.

Pese a esta valoración inicial en favor de la inconstitucionalidad del precepto, el Tribunal Constitucional italiano sostiene que, al haber sido el art. 187.15 del texto refundido introducido en el ordenamiento jurídico italiano con el fin de cumplir una obligación específica impuesta por el art. 14, apdo. 3, de la Directiva 2003/6 y que actualmente constituye la aplicación concreta del art. 30, apdo. 1, letra b), del Reglamento 596/2014, obligaría a las autoridades de supervisión de los Estados miembros a sancionar la negativa a declarar en una audiencia de la persona inspeccionada. Entonces, la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo de la legislación italiana sobre mercado de valores podría ser contraria al derecho de la Unión. En este sentido, el dilema es, pues, entre constitucionalidad o europeidad. La plena protección del derecho constitucional interno conllevaría un incumplimiento de las obligaciones del derecho europeo derivado.

Junto con ello, pueden razonablemente albergarse dudas acerca de la compatibilidad misma de tal obligación sancionadora autónoma por no colaborar de la directiva y el reglamento con los arts. 47 y 48 de la Carta, que también parecen reconocer el derecho fundamental de toda persona a no contribuir a su propia inculpación y a no ser obligada a confesarse culpable, dentro de los mismos límites que los que resultan del art. 6 del CEDH y del art. 24 de la Constitución italiana. En otras palabras, serían las propias normas de derecho derivado europeo

las que supondrían una vulneración de la Carta y su reflejo en la actividad nacional de implementación conllevaría, con efecto «arrastre», la inconstitucionalidad de la normativa interna dictada en su correcto traslado al ordenamiento interno.

Dado que la Corte Costituzionale (Tribunal Constitucional) considera que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es plenamente coincidente con la jurisprudencia del TEDH, que parece reconocer, por el contrario, un alcance más amplio al derecho a guardar silencio del que debería gozar el acusado, incluso en el marco de procedimientos administrativos dirigidos a la imposición de sanciones de carácter «punitivo», decide suspender el proceso y elevar cuestión prejudicial mixta de interpretación y de validez. Por ello —falta de un pronunciamiento interpretativo y potencial discrepancia de instrumentos de protección de los DDFF europeo e internacional— la Corte Costituzionale considera necesario, antes de pronunciarse sobre la cuestión de constitucionalidad que se le ha planteado, instar al Tribunal de Justicia a que le aporte aclaraciones sobre la interpretación y, en su caso, sobre la validez, a la luz de los arts. 47 y 48 de la Carta, del art. 14, apdo. 3, de la Directiva 2003/6 aplicable *ratione temporis* y del art. 30, apdo. 1, letra b), del Reglamento 596/2014⁴. En particular, considera que procede determinar si estas disposiciones permiten que un Estado miembro no sancione a una persona que se niega a responder a preguntas de la autoridad de supervisión de las que pueda resultar su responsabilidad por una infracción castigada mediante sanciones penales o sanciones administrativas de carácter «punitivo».

Centrada así de este modo la controversia jurídica, nos interesa destacar dos aspectos: primero la relación derecho interno-derecho europeo en la delimitación de los derechos fundamentales. Recordemos que es el Tribunal Supremo italiano quien eleva la cuestión de constitucionalidad con respecto a la compatibilidad de

⁴ En concreto, según su literal, las cuestiones prejudiciales sobre las que se reclama pronunciamiento son: «1) ¿Deben interpretarse el art. 14, apdo. 3, de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (DO 2003, L 96, pág. 16), en la medida en la que aún sigue siendo aplicable *ratione temporis*, y el art. 30, apdo. 1, letra b), del Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (DO 2014, L 173, pág. 1) en el sentido de que permiten que los Estados miembros no sancionen a quien se niega a responder a preguntas de la autoridad competente de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción sancionada con sanciones administrativas de carácter “punitivo”? 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿son compatibles el art. 14, apdo. 3, de la Directiva 2003/6/CE, en la medida en la que aún sigue siendo aplicable *ratione temporis*, y el art. 30, apdo. 1, letra b), del Reglamento (UE) 596/2014, con los arts. 47 y 48 de la [Carta], a la luz igualmente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, en la medida en que obligan a sancionar también a quien se niega a responder a preguntas de la autoridad competente de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción sancionada con sanciones administrativas de carácter “punitivo”?».

la ley italiana sobre intermediación financiera con el texto constitucional nacional. Para decidir este aspecto, la Corte Costituzionale eleva la cuestión prejudicial. En otras palabras, los derechos fundamentales internos se delimitan en relación a la interpretación que el TJUE haga de la Carta europea. Y ya no se trata de una cláusula interpretativa del tipo art. 10.2 CE, sino de aplicar la primacía de los DDFF UE sobre los DDFF nacionales⁵.

Segundo, la cuestión europea no es simplemente de relación entre derecho nacional-derecho europeo sino de integración de dos círculos de protección: el internacional (CEDH) y el europeo (Carta). La UE no es parte signataria de la Convención de Roma pero sí lo son todos los Estados miembros europeos. Podría darse el caso que una eventual vulneración del derecho internacional por parte de la República italiana tuviera como causante o fuera achacable a la trasposición o aplicación misma del DUE. Los derechos fundamentales de la UE se interpretan y aplican como un sistema cerrado y coherente. La CEDH servía históricamente para fundamentar un mínimo denominador común que vino a llamarse «las tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros. Pero en la actualidad, el TJUE no sólo es un tribunal constitucional en el sentido de la distribución territorial de competencias sino que también lo es por su carácter de órgano protector de derechos fundamentales. Está claro que los Estados deben seguir la delimitación de derechos que emane de la doctrina TJUE. Pero inmediatamente surge la cuestión, ¿les protege ello de una condena TEDH en caso de discrepancia? ¿Responderá la UE como causante de una vulneración obligada por la primacía del DUE sobre el derecho nacional? ¿Qué debe hacer un Estado miembro ante la disyuntiva de una divergencia de delimitación protectora entre CEDH-CDFUE?

Todas estas cuestiones aportan al caso una relevancia aún mayor, si cabe.

II. LA SENTENCIA STJUE (GRAN SALA) DE 2 DE FEBRERO DE 2021, DB/CONSOB (ASUNTO C-481/19). EL PAPEL DE LA CARTA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La normativa europea aplicable al caso se delimita en la Directiva 2003/6/CE del Parlamento y el Consejo, de 28 de marzo de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado⁶ y por el posterior Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento y del Consejo, de 16 de abril de 2014⁷.

La directiva establece, en el marco de la necesidad de dotar a las autoridades nacionales competentes de instrumentos eficaces para el desempeño de su labor

⁵ Véase la cuestión en toda su complejidad en E. Roca Trias, y S. García Couso (2017), «¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, págs. 529-548. Disponible en: <https://bit.ly/3HPTfLU>.

⁶ DOUE 2003, L-96 de 12 de abril de 2003. Disponible en: <https://bit.ly/3yezNVN>.

⁷ DOUE 2014, L-173 de 12 de junio de 2014. Disponible en: <https://bit.ly/3zXJol7>

inspectora, la posibilidad de estas de requerir información, citar o interrogar a los sujetos investigados (art. 12). Los Estados miembros deben asegurar que las infracciones administrativas pueden ser sancionadas de modo efectivo, proporcional y disuasorio (art. 14). Por su parte, el Reglamento UE —que deroga la directiva y que no es, en principio aplicable en el momento de comisión de los hechos— reproduce el su art. 23 el antiguo 12 de la Directiva y va un paso más allá al obligar a los Estados a disponer que las autoridades administrativas nacionales tengan la facultad de sancionar: la falta de cooperación o acatamiento de las investigaciones, inspecciones o requerimientos a que se refiere el art. 23, apdo. 2.» (art. 30.1, letra b).

La directiva fue objeto de transposición al ordenamiento interno italiano por medio de Ley 62 de 18 de abril de 2005⁸. El art. 9 de dicha ley introdujo en el Decreto Legislativo 58 de 24 de febrero de 1998⁹ numerosas disposiciones, entre ellas, el art. 187 bis, relativo a la infracción administrativa por uso de información privilegiada, y el art. 187.15, relativo a las sanciones aplicables en caso de falta de cooperación en el marco de una investigación llevada a cabo por la Consob. En su literal, establece este último precepto que:

1. Fuera de los supuestos previstos en el art. 2638 del Código Civil¹⁰, todo aquel que *no cumpla en plazo los requerimientos de la Consob o retrase el ejercicio de sus funciones será sancionado con una multa administrativa* de entre diez mil y doscientos mil euros.

⁸ LEGGE 18 aprile 2005, n. 62 Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004. (GURI n. 96 del 27-04-2005 - Suppl. Ordinario n. 76). Disponible en: <https://bit.ly/3NacMaV>.

⁹ Cfr. nota 1.

¹⁰ Art. 2638 Codice Civile. Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza.

1. Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine *di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza*, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorchè oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

Este art. 187.15 ha sido a su vez modificado por el Decreto Legislativo n.º 129 del 2017¹¹. En su versión actualmente en vigor, el citado art. 187.15, titulado «Protección de la actividad de supervisión de la Banca d'Italia y de la Consob», tiene el siguiente tenor:

1. Fuera de los supuestos previstos en el art. 2638 del Código Civil será sancionado en virtud del presente artículo todo aquel que no cumpla en plazo los requerimientos del Banco de Italia y de la Consob o *no coopere con dichas autoridades de manera que estas puedan desarrollar sus funciones de supervisión, o retrase el ejercicio de tales funciones.*

En cualquier caso, el DUE trata de asegurar una mayor eficacia de la supervisión de las operaciones nacionales en los mercados de valores. Esta eficacia debe tener en cuenta tanto el adecuado haz competencial de la autoridad administrativa como la suficiente disuasión de las sanciones que se impongan. De este modo se garantiza que la autonomía institucional y procedimental de los Estados no deriva en una indeseable laxitud o permisividad. Nos interesa también destacar la progresividad de las herramientas jurídicas que utiliza la UE. La directiva de 2003 fue derogada por el reglamento. Pese a que no existe una jerarquía entre normas de derecho derivado, sí existe una cierta progresividad en la «potencia» del instrumento necesario para lograr los objetivos de la aproximación de legislaciones. Así, una

2. Sono puniti con la stessa pena gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società, o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni.

3. La pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n.58.

3.bis Agli effetti della legge penale, *le autorità e le funzioni di risoluzione di cui al decreto di recepimento della direttiva 2014/59/UE sono equiparate alle autorità e alle funzioni di vigilanza.*

¹¹ Decreto Legislativo, 3 agosto 2017, n. 129. Attuazione della direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE, così, come modificata dalla direttiva 2016/1034/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016, e di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, così, como modificato dal regolamento (UE) 2016/1033 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016.) GURI n. 198 del 25 de agosto de 2107. Disponible en: <https://bit.ly/3QFehkd>.

determinada cuestión puede abordarse de forma incipiente con una recomendación, para después pasar a una directiva, y si aún con la directiva no se han logrado los objetivos, terminar con la adopción de un reglamento UE. Las normas europeas no se ordenan jerárquicamente, pero ofrecen distintos márgenes de actuación a los derechos nacionales, desde la libertad de transposición hasta la aplicabilidad general y eficacia inmediata (sin ninguna necesidad de derecho interno).

El cambio legislativo italiano responde —como es usual en los ordenamientos nacionales— casi miméticamente al cambio normativo europeo. Así, la directiva (2003) aborda la cuestión de manera más concreta mediante las obligaciones de dar cumplimiento a los requerimientos de información y de comparecer en interrogatorios, mientras que el Reglamento UE (2014) —y la correlativa modificación de la ley italiana de 2017— contempla, más genéricamente, la falta de cooperación o acatamiento de las investigaciones, inspecciones o incluso la causación de retrasos en el ejercicio de las funciones administrativas. Por tanto, creemos que es cierto que el DUE pasa de las obligaciones más concretas (requerimientos documentales y comparencias e interrogatorios) a los más generales (obligación de cooperación), pudiendo ser discutible que sea una buena técnica normativa ampliar las facultades administrativas a la vez que se diluye la precisión de las obligaciones para los ciudadanos.

Resulta algo sorprendente como el TJUE rechaza la causa de inadmisibilidad opuesta por el Consejo de la UE relativa a la inaplicabilidad al caso del Reglamento UE por razón de su vigencia. El Reglamento es de 2014 (y la modificación de la norma italiana de 2017), cuando los hechos sancionados se remontan a 2009 y el expediente administrativo sancionador a 2012. Pese a lo que parece evidente —la resolución del caso nacional no depende de la interpretación/validez de una norma que no le es aplicable *ratione temporis*—, el TJUE hace prevalecer la presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales y aprecia una extravagante continuidad normativa que proponía la Corte Costituzionale, para quien existe una «coherencia y relación de continuidad entre las disposiciones de la Directiva 2003/6 y las del Reglamento n.º 596/2014, que justifican un examen de conjunto de las disposiciones análogas que constituyen el art. 14, apdo. 3, de dicha Directiva y el art. 30, apdo. 1, letra b), de dicho Reglamento» (§ 30). Creemos que se trata de una aplicación extremadamente generosa con el principio de «presunción de pertinencia» del que gozan las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces nacionales. E igualmente, como después diremos, se revela cómo la respuesta a la cuestión prejudicial no es determinante para el fallo nacional.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE DIRIMEN EN SU APLICACIÓN AL CASO

En el fondo, el asunto enfrenta, en tensión, dos elementos del procedimiento: de un lado el deber de colaboración de los ciudadanos en el ejercicio de las competencias administrativas de supervisión del mercado de valores y, de otro, el derecho a guardar silencio y a no contribuir a su propia autoinculpación.

El TJUE valora que en el presente caso las infracciones a la disciplina del mercado de valores pueden sancionarse tanto administrativa como penalmente. La gravedad de la conducta ilícita determinará la aplicación de uno u otro ordenamiento. Puede darse el caso que al cumplir escrupulosamente con la obligación de colaboración y al declarar verazmente en el interrogatorio, el ciudadano vea que lo que empezó como una inspección dentro de un procedimiento administrativo termina en un procesamiento penal. Ambos aspectos constituyen manifestación de *ius pundiendi* del Estado y salvados problemas de redundancias o inseguridad jurídica, nada hay que objetar a ello.

Se afirma que el derecho a guardar silencio constituye una parte integrante fundamental del derecho a un proceso equitativo. No resulta acorde con una mínima noción de justicia, la coacción al acusado o la interpretación *in malam partem* de su silencio. Tanto en un proceso penal como en uno administrativo, corresponde a la parte que acusa o inicia el procedimiento probar la realidad de los hechos. Este derecho ya se ve fuertemente disminuido en los procedimientos administrativos donde los actos de la Administración se presumen válidos¹². Es decir, sin llegar a invertir totalmente la carga de la prueba, es cierto que las resoluciones administrativas se presumen válidas y es quien las combate quien debe probar lo contrario. En un proceso penal no puede concebirse un castigo accesorio al imputado por no confesar los hechos.

Como bien indica la sentencia: «El derecho a guardar silencio no puede limitarse razonablemente a la confesión de actos ilícitos o a las observaciones que inculpen directamente al interesado, sino que abarca también información sobre cuestiones de hecho que puedan utilizarse posteriormente en apoyo de la acusación y afectar así a la condena o sanción impuesta a dicha persona» (§ 40).

Parece claro que el tribunal europeo (al igual que deben hacerlo los italianos) distingue entre la obligación de cooperación con la Administración actuante de la más grave obstrucción a la inspección. En el primer caso, se trata de una obligación de hacer, en el segundo de una obligación negativa (abstenerse de hacer). Hay que notar cómo mientras que obstruir la acción inspectora implica siempre una vulneración del deber de colaborar, no toda falta de colaboración es una obstrucción. Si la jurisdicción nacional consideraba según los hechos que se había producido una obstrucción o entorpecimiento malicioso de la acción administrativa, podía aplicar el tipo sancionar sin reparo. El problema se habría terminado ahí. Pero la cuestión que se revela crucial es si la mera inacción constitutiva de omisión de colaboración (guardar silencio) es sancionable. Ante un requerimiento documental o testifical, la falta de respuesta, ¿vulnera la obligación de colaboración¹³?

¹² T. Cano Campos (2020) «La presunción de validez de los actos administrativos», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 14.

¹³ Los supuestos constitutivos de obstrucción no se ponen en discusión en el caso, aunque pueden darse elementos que hayan dificultado el actuar administrativo (por ejemplo, retrasar reiteradamente la comparecencia requerida con finalidad dilatoria). De hecho, no

El TJUE ha construido a lo largo del tiempo una categoría jurídica nueva y extraña para la dogmática administrativa nacional : «*las sanciones administrativas de carácter penal*»¹⁴. Dado que el DUE se interpreta por él mismo, no se hace referencia a los ilícitos que son sancionables tanto administrativa como penalmente como una cuestión de grado. El TJUE no demanda mayor derecho de tutela a los imputados en un proceso penal frente a los imputados en un procedimiento administrativo. El traslado del derecho a guardar silencio dependerá de ese nuevo *tertium genus*. Para el tribunal, hay tres criterios relevantes para determinar si estamos ante una «sanción administrativa de carácter penal»¹⁵: (i) la calificación jurídica de la infracción en el derecho interno (penal o administrativa); (ii) la propia naturaleza de la infracción; (iii) la gravedad de la sanción que puede imponerse al interesado¹⁶.

A juicio del tribunal europeo, algunas de las sanciones administrativas impuestas por la Consob parecen perseguir una finalidad represiva y presentar un grado de severidad tal que pueden revestir un carácter penal, pese a ser administrativas¹⁷. Junto con el criterio relativo a la naturaleza, el tribunal recurre también

parece demasiado acertado para el TJUE entrar a hacer valoraciones de hecho: «[...] el derecho a guardar silencio no puede justificar cualquier falta de cooperación con las autoridades competentes, como sucede en el caso de una negativa a presentarse a una audiencia prevista por estas o maniobras dilatorias dirigidas a aplazar su celebración» (§ 41). Por ello, no parece acertado el razonamiento de que constituya una obstrucción el hecho de retrasar la comparecencia para después negarse a declarar. De otra forma, parecería que la autoinculpación final convalidaría las maniobras dilatorias, cuando las mismas pueden pretender la caducidad del expediente más que la negación de los hechos.

¹⁴ El concepto no presenta un problema de traducción, pues en italiano —lengua original del procedimiento— se mencionan «sanzioni amministrative presentanti carattere penale»

¹⁵ Son los conocidos como criterios de la doctrina Bonda (por STJUE de 5 de junio de 2012. Asunto C-489/10. Bonda. ECLI:EU:C:2012:319) y que recoge la más reciente STJUE de 20 de marzo de 2018, Garlsson Real Estate y otros, C-537/16, EU:C:2018:193.

¹⁶ Sobre la gravedad de la sanción, véase la STC 74/2022 de 14 de junio de 2022. En ella el Pleno TC resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 1643-2021 planteada por la Sala III del TS a propósito del art. 203.6. b) 1º de la LGT, que en su redacción dada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, permite la imposición de sanciones del 2% de la cifra de negocios del último ejercicio con un máximo de 600.000 euros para los supuestos de resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria.

¹⁷ STJUE de 20 de marzo de 2018, Di Puma y Zecca, C-596/16 y C-597/16, EU:C:2018:192. Nótese que ya previamente el TEDH se había pronunciado en favor de conceptualizar las sanciones previstas en la legislación italiana sobre mercado de valores como comprendidas dentro del núcleo del derecho penal, y por ello, merecedoras de garantía reforzada. (STEDH de 4 de marzo de 2014, caso *Grande Stevens y otros contra Italia*. ECLI:CE:ECHR:2014:0304JUD001864010).

a la confluencia entre orden penal y orden administrativo como expresiones de un único *ius puniedi*. Así:

[...] aun suponiendo que, en el caso de autos, las sanciones controvertidas en el litigio principal, impuestas por la autoridad de supervisión a DB, no tuvieran carácter penal, la necesidad de respetar el derecho a guardar silencio *en el marco de un procedimiento de investigación* tramitado por esta también podría resultar de la circunstancia, señalada por el órgano jurisdiccional remitente, de que, con arreglo a la legislación nacional, las pruebas obtenidas en dicho procedimiento pueden utilizarse en un proceso penal seguido contra esa misma persona para demostrar la comisión de una infracción penal (§ 44).

En la tensión entre obligación de colaboración y derecho a guardar silencio, prevalece el segundo en los casos en los que las sanciones administrativas sean de tal entidad que puedan subsumirse dentro del concepto europeo de «sanciones administrativas de carácter penal» o también en los casos de concurrencia de sanciones administrativas y penales donde la acción del ciudadano pueda resultar en su propia responsabilidad penal. En definitiva, la normativa sancionadora del mercado de valores debe interpretarse en el sentido de garantizar el derecho a guardar silencio o lo que es lo mismo, la sentencia termina declarando contrario al DUE sancionar la inactividad del sujeto si de sus respuestas o aportación de documentos pudiera resultar un agravamiento de su situación hasta el punto de incurrir en responsabilidad no solo penal, sino también administrativa grave (equiparable a la penal por su entidad).

Nótese que el hecho de graduar la penalidad sancionadora entre administrativa y penal tiene el efecto en el ordenamiento punitivo en su conjunto. Si unos mismos hechos pueden, según su gravedad, ser perseguibles tanto administrativa como penalmente, las garantías de un juicio equitativo —derecho a no autoinculparse— deben extenderse al procedimiento administrativo o a las facultades administrativas previas encaminadas a su inicio (inspección).

2. EL PECADO ORIGINAL. LA VULNERACIÓN PUEDE PROVENIR DEL PROPIO DERECHO EUROPEO DERIVADO

Como hemos visto *ut supra*, el derecho europeo derivado transitó de la directiva de 2003 al reglamento de 2014. Mientras que la primera era más concreta (puede constituir una infracción el hecho de no atender un requerimiento o no de comparecer a un interrogatorio), el segundo se formulaba de modo más genérico (puede constituir una infracción el hecho de considerar la falta de cooperación o acatamiento de las investigaciones). Ambas normas contienen la cláusula de respeto y observancia de los derechos y principios establecidos en particular en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁸.

¹⁸ El considerando (44) de la directiva mencionaba expresamente que: «La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios establecidos en particular en la

Sea como fuere, la cuestión prejudicial elevada por la Corte Costituzionale es de carácter mixto, es decir, pide la interpretación de la directiva y del reglamento pero también la validez de las mismas normas a la luz de los derechos de la Carta. En otras palabras, ¿obliga el derecho europeo a sancionar siempre la falta de cooperación con la autoridad administrativa del mercado de valores? Y si ello es así, ¿respeto el propio derecho europeo los derechos a un proceso equitativo (art. 47) y a la presunción de inocencia y defensa (art. 48)?¹⁹

El tribunal encuentra que efectivamente hay una oposición entre el carácter sancionable de determinadas conductas del ciudadano investigado y la Carta de Derechos. Y para salvar la contradicción se busca una *interpretación conforme*²⁰ (§ 49 a 56). Respecto de la directiva:

Por lo que se refiere, en primer lugar, al art. 14, apdo. 3, de la Directiva 2003/6, este dispone que los Estados miembros deben determinar las sanciones aplicables por la falta de cooperación en las investigaciones a que se refiere el art. 12 de dicha Directiva. Este último precisa que, en este contexto, la autoridad competente debe poder requerir información de cualquier persona y en caso necesario citar e interrogar a una persona.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente en su art. 11, y en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos». Igualmente, en el reglamento, el considerando (77) aparece formulado de manera algo más genérica: «El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta. Por consiguiente, el presente Reglamento debe interpretarse y aplicarse de conformidad con dichos derechos y principios».

¹⁹ En su literal: Art. 47 Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial: «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia» y Art. 48 Presunción de inocencia y derechos de la defensa: «1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa».

²⁰ Es necesario recordar a este respecto que, según un principio general de interpretación, un texto de derecho derivado de la Unión debe interpretarse, en la medida de lo posible, de un modo que no cuestione su validez y de conformidad con el conjunto del derecho primario y, en particular, con las disposiciones de la Carta. Así, cuando un texto de derecho derivado de la Unión es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición se ajuste al derecho primario, y no a la que conduce a considerarla incompatible con él [Sentencia de 14 de mayo de 2019, *M y otros (Revocación del estatuto de refugiado)*, C-391/16, C-77/17 y C-78/17, EU:C:2019:403, apdo. 77]. Además, tanto el considerando 44 de la Directiva 2003/6 como el considerando 77 del Reglamento 596/2014 subrayan que estas dos disposiciones respetan los derechos fundamentales y los principios consagrados en la Carta.

Si bien los términos de estas dos disposiciones no excluyen expresamente que la obligación impuesta a los Estados miembros de determinar las sanciones aplicables en tal caso se aplique también al supuesto de que una persona oída en este contexto se niegue a responder a dicha autoridad cuando de ello pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal, nada en el tenor del art. 14, apdo. 3, de la Directiva 2003/6 se opone tampoco a una interpretación de esta disposición según la cual dicha obligación no se aplica en tal supuesto» (§ 49 a 52).

Y lo mismo respecto del reglamento:

No obstante, procede señalar que, si bien el art. 30, apdo. 1, del Reglamento n.º 596/2014 exige a los Estados miembros que dispongan que las autoridades competentes tengan la facultad de imponer sanciones y adoptar otras medidas adecuadas, en particular en los supuestos contemplados en la letra b) de dicha disposición, no les obliga a prever la aplicación de tales sanciones o medidas a las personas físicas que, en el marco de una investigación sobre una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal, se nieguen a dar respuestas a la autoridad competente de las que pudiera resultar su propia responsabilidad por tal infracción o su responsabilidad penal.

De ello se desprende que tanto el art. 14, apdo. 3, de la Directiva 2003/6 como el art. 30, apdo. 1, letra b), del Reglamento n.º 596/2014 se prestan a una interpretación conforme con los arts. 47 y 48 de la Carta, según la cual no exigen que una persona física sea sancionada por su negativa a dar a la autoridad competente respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal.

Al interpretarlas de este modo, la validez de estas disposiciones del Derecho derivado de la Unión no puede verse afectada, a la luz de los arts. 47 y 48 de la Carta, por el hecho de que no excluyan expresamente la imposición de una sanción para tal negativa (§ 52 a 56).

Cabe recordar cómo el *dubio* del órgano nacional remitente era precisamente que el DUE al exigir —como medida para garantizar la eficacia administrativa— que los Estados miembros impusieran sanciones en los casos de falta de colaboración con la inspección, obligaba a los mismos a vulnerar la Carta. La interpretación conforme del Tribunal remite la cuestión *al margen de apreciación de los Estados* y a la interpretación conforme del DUE con la Carta. Si bien la formulación del reglamento puede resultar muy genérica, no excluye que los Estados, en su praxis, excepcionen de esa obligación de sanción los casos donde el ciudadano no colabore por el riesgo fundado de autoinculparse en un posterior procedimiento penal. En otras palabras, aunque el DUE pueda interpretarse por parte de los Estados de forma contraria a la Carta (así lo hace Italia en el caso), *corresponde a los mismos Estados buscar el equilibrio entre la obligada eficacia administrativa y el respeto a los derechos fundamentales*.

Los Estados miembros deben hacer uso de la facultad de apreciación que un texto de Derecho derivado de la Unión les confiere de manera conforme con los derechos fundamentales (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2019, E., C-635/17, EU:C:2019:192, apdos. 53 y 54). En el marco del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 2003/6 o del Reglamento n.º 596/2014, les incumbe, por tanto, garantizar [...] que, de conformidad con el derecho a guardar silencio reconocido por los arts. 47 y 48 de la Carta, la autoridad competente no pueda sancionar a una persona física por su negativa a dar respuestas a dicha autoridad de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal (§ 57).

Lo mismo se desprende de las conclusiones del AG Pikamäe al caso:

Habida cuenta de la amplia facultad de apreciación concedida a los Estados miembros a efectos de cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del art. 14, apdo. 3, de la Directiva 2003/6 y del art. 30, apdo. 1, letra b), del Reglamento 596/2014, con la vista puesta en la consecución de un grado mínimo de armonización, no es de sorprender, en mi opinión, que *el legislador de la Unión no se haya preocupado en precisar que, si se establecen sanciones administrativas de carácter penal en el ámbito nacional, estas no podrán aplicarse a las personas que, en el marco de una investigación relativa a una infracción sujeta a tales sanciones, se nieguen a responder a las preguntas de la autoridad de supervisión de las que pueda resultar su responsabilidad por la infracción de que se trate*. En efecto, al dejar a los Estados miembros la libertad de determinar la naturaleza y el alcance de las sanciones que deben establecerse en caso de incumplimiento de la obligación de cooperar con la autoridad de supervisión, el legislador ha admitido necesariamente, en mi opinión, que pueda excluirse la imposición de una sanción como consecuencia del reconocimiento de los derechos fundamentales que la Carta asocia a las sanciones de carácter penal. En otras palabras, como alega el Consejo en sus observaciones escritas, *el hecho de que tanto el art. 14, apdo. 3, de la Directiva 2003/6 como el art. 30, apdo. 1, letra b), del Reglamento nº 596/2014 estén redactados en términos generales e incondicionales no significa que las excepciones vinculadas al respeto de un derecho fundamental no puedan introducirse por vía interpretativa* (§ 78).

Ello sería cierto de analizarse la compatibilidad de la directiva (más precisa y limitada). Pero resulta algo sorprendente en la interpretación del reglamento que no necesita actividad de transposición al ordenamiento nacional. Las autoridades nacionales cuando apliquen la normativa europea deben superar su literal extremadamente vago y suplirlo con una interpretación conforme a la Carta. Dicho en otras palabras, diga lo que diga el Reglamento UE, los Estados deben no sancionar la falta de colaboración cuando de ella se derivare un reconocimiento de la responsabilidad (administrativa o penal).

Y con esta respuesta, el TJUE se siente eximido de abordar la segunda cuestión —esta de validez— sobre la compatibilidad del propio derecho europeo deri-

vado con la Carta. El resultado final es que el derecho europeo no obliga a los Estados a vulnerar la Carta y la CEDH, pues cabe una interpretación conforme. Aunque la normativa empuje a sancionar la falta de colaboración con la Administración inspectora, esta siempre debe actuar respetando los derechos fundamentales tal y como se construyen en la doctrina TEDH. En otras palabras, pese a que el DUE permite vulnerar los derechos, no hay que hacerlo en determinados casos. Al final, pues, la protección dependerá no tanto de la precisión de las normas sino de la actividad aplicativa.

Como valoración final, puede añadirse que el TJUE abandona en esta ocasión su tradicional construcción poco proclive a reconocer la extensión de la garantía de no autoincriminación. La relativa novedad puede tener una justificación doblemente criticable: en el caso se trata de un particular (y no de una sociedad mercantil), siendo que el ciudadano individual (persona física) merecería mayor tutela que las empresas (personas jurídicas)²¹; en segundo lugar, el tribunal dispensaría un trato más deferente a las vulneraciones de derecho europeo que a las de derecho nacional.

3. LA INTERACCIÓN ENTRE CARTA; DERECHOS Y CONVENCION

La UE se ha resistido desde siempre a la firma de la CEDH, lo que hubiera dejado al TJUE bajo la autoridad del TEDH en materia de derechos humanos²². La misma reticencia existía en España en 1978 entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional hasta que se afirmó por el maestro García de Enterría el carácter normativo del texto constitucional. Esta cuestión de engarce entre jurisdicciones (europea e internacional) dio lugar a la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que cierra el ordenamiento legal para que sea el propio TJUE quien examine la compatibilidad de las normas europeas con los derechos fundamentales. Sin embargo, la delimitación de los derechos fundamentales es una labor básicamente jurisprudencial y, en este sentido, la esfera internacional (CEDH) lleva una ventaja de años.

La consecuencia es que el TJUE afirma el carácter de estándar mínimo de la CEDH (interpretada por el TEDH) y que el TJUE, al elaborar su examen

²¹ Véase lo problemático de la distinción después de la reforma del CP de 2015 y la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en A. Abascal Junquera (2021), «Los derechos de la persona jurídica en el proceso penal. Especial consideración al derecho a la no autoincriminación y su relación con el delito fiscal», en L. Cazorla González-Serrano (dir), *Estudios en homenaje al profesor Luis María Cazorla Prieto*, Thomson-Reuters Aranzadi, vol. I, págs. 21-43.

²² Cfr. R. Alonso García (2017), «La Doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (A propósito de Avotins v-Letonia)», en *Estudios conmemorativos del 60 aniversario del Tratado de Roma*, Madrid: Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo.

de compatibilidad de la directiva y el reglamento con la Carta, hace uso de la doctrina judicial internacional. No se construye una interpretación propia —que cabría incluso elaborarse de forma discrepante— sino que se somete, vía interpretación coherente, a la ajena.

[...] si bien las cuestiones planteadas se refieren a los arts. 47 y 48 de la Carta, que consagran, en particular, el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativamente y la presunción de inocencia, la petición de decisión prejudicial se refiere también a los derechos garantizados en el art. 6 del CEDH. Pues bien, aunque este último no constituye, al no haberse adherido a él la Unión, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión, debe recordarse, no obstante, que, como confirma el art. 6 TUE, apdo. 3, los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. Por otra parte, el art. 52, apdo. 3, de la Carta, que dispone que *cabe dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio*, pretende garantizar la coherencia necesaria entre esos respectivos derechos sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de marzo de 2018, *Garlsson Real Estate y otros*, C-537/16, EU:C:2018:193, apdos. 24 y 25).

Según las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO 2007, C 303, p. 17), el art. 47, párrafo segundo, de la Carta se corresponde con el art. 6, apdo. 1, del CEDH, y el art. 48 de la Carta «coincide con» el art. 6, apdos. 2 y 3, del CEDH. En la interpretación que realiza a propósito de los derechos garantizados en los arts. 47, párrafo segundo, y 48 de la Carta, el Tribunal de Justicia debe, por tanto, tener en cuenta los correspondientes derechos garantizados en el art. 6 del CEDH, e interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como nivel mínimo de protección [véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de mayo de 2019, *Comisión/Hungría (Usufructos sobre terrenos agrícolas)*, C-235/17, EU:C:2019:432, apdo. 72; de 6 de octubre de 2020, *La Quadrature du Net y otros*, C-511/18, C-512/18 y C-520/18, EU:C:2020:791, apdo. 124, y de 17 de diciembre de 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros*, C-336/19, EU:C:2020:1031, apdo. 56]²³.

²³ Las conclusiones del AG Pikamäe son muy ilustrativas de este razonamiento que se califica como «cláusula de homogeneidad»: [...] de conformidad con la cláusula de homogeneidad que figura en el art. 52, apdo. 3, de la Carta, según la cual el sentido y el alcance de los derechos reconocidos por esta que correspondan a derechos garantizados por el CEDH deben ser «iguales a los que les confiere» el correspondiente precepto del CEDH, las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales indican, respecto al art. 47, párrafo segundo, de esta, que las garantías derivadas del art. 6, apdo. 1, del CEDH «se aplican de manera similar en la Unión», y, respecto al art. 48, apdo. 2, que este derecho «tiene el mismo sentido y alcance» que el garantizado por el art. 6, apdo. 2, del CEDH (§ 50).

Esta situación de doble esfera (europea e internacional) se contempla ya en la propia Carta que reclama la coherencia entre textos normativos y un delicado equilibrio entre autonomía y sumisión (art. 52.3). Y si se contempla el caso que nos ocupa en su totalidad es fácil descubrir que en realidad se trata de una triple esfera: nacional, europea e internacional. La Corte di Cassazione había elevado una cuestión de inconstitucionalidad sobre los preceptos litigiosos. Para resolver, la Corte Costituzionale habría podido interpretar directamente los preceptos con la doctrina TEDH (Italia, al igual que todos los demás Estados UE, es parte de la CEDH). En vez de ello, para responder a la cuestión eleva la cuestión prejudicial al TJUE, quien, para resolver, utiliza los criterios TEDH. La extraordinaria complejidad del engarce de las tres esferas se justifica por el temor de la jurisdicción nacional de ver cómo su celoso cumplimiento de las obligaciones europeas le podían acarrear una vulneración de los derechos fundamentales a un juicio equitativo y al derecho de defensa. O dicho en otras palabras, que el cumplimiento de la normativa DUE le situaba en una disyuntiva entre europeidad e internacionalidad.

Nótese que precisamente el Protocolo 16 a la CEDH —que entró en vigor el día 1 de agosto de 2018— contempla precisamente la vía de cuestión directa de interpretación ante el TEDH. Este mecanismo es ya optativo en los 15 Estados miembros que lo han firmado y ratificado: Albania, Andorra, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, San Marino, Eslovaquia, Eslovenia y Ucrania. Bosnia Herzegovina —el último en incorporarse— ratificó el protocolo el 9 de marzo de 2021 y entra en vigor para ese país el 1 de julio de 2021. Italia firmó el Protocolo en 2013, pero no lo ha ratificado. España no lo ha firmado a día de hoy. El Protocolo nº 16 permite a los Altos Tribunales nacionales solicitar al TEDH que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus Protocolos. Estas opiniones consultivas, que serán emitidas por la Gran Sala, serán motivadas y no vinculantes. El propio Consejo de Europa abre la puerta a la ratificación del Protocolo 16 a organizaciones internacionales (UE), aunque no sean partes contratantes del Tratado.

Dicho en otras palabras, aunque los arts. 47 y 48 de la Carta no contemplen expresamente el derecho a guardar silencio y a no autoinculparse, como la jurisprudencia TEDH determina que se trata de principios que forman parte fundamental del derecho a un proceso equitativo, también el TJUE debe acoger esa protección. La STJUE de 5 de junio de 2012 (As. C-489/10. Bonda), no sería más que la traslación al nivel UE de la doctrina TEDH recogida en las anteriores Engel (STEDH de 8 de junio de 1976, CE:ECHR:1976:0608JUD00510071) y Funke (STEDH de 25 de febrero de 1993, CE:ECHR:1993:0225JUD001082884). Y la actual STJUE de 2 de febrero de 2021 (As. C.481/19. DB/CONSOB) constituiría igualmente el reflejo de la STEDH Grande Stevens (STEDH 4 de marzo de 2014. CE:ECHR:2014:0304JUD001864010).

III. IMPLICACIONES PARA ESPAÑA. LEY DEL MERCADO DE VALORES Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La obligación de colaborar con la Administración pública venía regulada en el art. 39 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esa obligación de colaboración quedaba circunscrita a «facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la Ley». Con la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la dicción del precepto equivalente (art. 18.1) sufre una ligera modificación (obligación genérica de colaborar con la Administración en los términos previstos en las leyes administrativas especiales).

Como puede fácilmente descubrirse, la obligación se exceptúa cuando entre en colisión con otros derechos: el honor o la intimidad (propia o de terceros). No existe, sin embargo, en la legislación administrativa común una excepción específica por razón del derecho a guardar silencio²⁴. Pese a ello, hay que recordar que el Reglamento UE 596/2014 es directamente aplicable y que hay que recurrir a lo dispuesto en las legislaciones administrativas sectoriales para tener una visión completa²⁵.

Específicamente para el mercado de valores español, el art. 236 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, establece la obligación de colaboración con la CNMV lo que se concreta en la obligación de poner a disposición de

²⁴ Puede profundizarse la cuestión en A. Nieto (2012), *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos; L. Alarcón Sotomayor; M. Rebollo Puig; M. Izquierdo Carrasco; A. Bueno Armijo (2010), *Derecho administrativo sancionador*. Ed. Lex Nova; L. Alarcón Sotomayor (2007), *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Thomson Civitas; J. Banacloche Palao (2000), «El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable», *Cuadernos de Derecho Público*, 10.

²⁵ Este es un tema estudiado por la doctrina tributaria en varias contribuciones cuya lectura se remite puesto que su tratamiento desbordaría la extensión de esta modesta nota de sentencia: L. A. Alonso González (2002), «El derecho a no autoinculparse en el seno del procedimiento sancionador tributario en su tramitación abreviada» *Centro de Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, 237; C. García Novoa (2005), «Una aproximación del Tribunal Constitucional al derecho a no autoinculparse ante la Inspección Tributaria en relación con los delitos contra la Hacienda Pública». *Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, 3; A. López Díaz (2005), «Principio de no autoinculpación y procedimiento sancionador tributario. ¿No pero sí? (A propósito de la STC 18/2005, de 1 febrero)» *Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, nº. 15-22; C. Palao Taboada (2008), *El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario*. Thomson Civitas; C. Palao Taboada (2013), «El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario: una revisión» *Revista española de derecho financiero*, 159, págs. 23-52; J. A. Sanz Díaz-Palacios (2004) *Derecho a no autoinculparse y delitos contra la hacienda pública*. Ed. Colex; J. A. Sanz Díaz-Palacios (2016) «El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal», *Diario La Ley*, 8737.

la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuantos libros, registros y documentos, sea cual fuere su soporte, esta considere precisos, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase, incluidas las conversaciones telefónicas de índole comercial que hayan sido grabadas con el consentimiento previo del cliente o inversor. Igualmente, las personas físicas están *obligadas a comparecer* ante citaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la *toma de declaración*. El incumplimiento de estas obligaciones puede sancionarse como infracción muy grave de acuerdo con los tipos previstos en los apdos. 1 y 5 del art. 285, ya sea por demora o por resistencia a la actuación supervisora o inspectora.

A nuestro juicio, el paralelismo entre el art. 187.15 del texto refundido italiano y el 285 del español es más que evidente, puesto que el mismo fundamento de la duda de la Corte Costituzionale italiana puede trasladarse a la Administración española cuando deba aplicar el Reglamento UE. De hecho, al escribir estas páginas, la Corte Costituzionale ha fallado la cuestión en su Sentencia 84 de 13 de abril de 2021²⁶. En ella, pese a lo que le dijera el TJUE, se declaran inconstitucionales los preceptos controvertidos.

El Tribunal Constitucional español ha examinado en numerosas ocasiones la cuestión de la autoincriminación, especialmente en relación a los ilícitos penales²⁷ y en la jurisdicción militar, entendida como una especie de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, que «son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación» (entre otras, SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 142/2009, de 15 de junio, FJ 3, y con términos análogos en la STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 7). Estos derechos, según esas mismas sentencias, «entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de la cual la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación».

Respecto de su aplicación a las sanciones administrativas, el TC sostiene una primera delimitación negativa de este derecho, excluyendo de su ámbito de protección las situaciones en que «no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia» (entre otras muchas, STC 103/1985, de 4 de octubre, FJ 3). Distinguió de este modo entre la aportación

²⁶ Disponible en: <https://bit.ly/3A43lXH>.

²⁷ Téngase en cuenta la tipificación que hacen los arts. 285 y 295 bis CP respecto a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, que incluye la utilización de información privilegiada en operaciones de valores (*insider trading*). Cfr. M. Gómez Tomillo (2019), *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados*, Thomson Aranzadi.

coactiva de información incriminatoria, que resulta amparada por esta garantía, y la obligación de soportar diligencias de prueba, escenario que no cabe catalogar como una verdadera declaración y al que no se extiende la protección dispensada por este derecho. (STC 161/1997, de 2 de octubre, con respecto del delito de desobediencia por negarse un conductor a someterse a pruebas de detección de alcohol). Ello situaría la cuestión en la distinción entre el deber de colaboración y la obstrucción al ejercicio de las competencias administrativas. La garantía constitucional «[de no autoincriminación] no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas» (FJ 6º).

En la reciente STC 21/2021, de 25 de enero, se establece que «*el traslado a la actividad administrativa sancionadora de las garantías procedimentales del art. 24.2 CE*, reflejadas en él con relación directa al proceso penal, viene siendo admitido desde la STC 19/1981, de 8 de junio, FJ 2, *con la condición de que sea necesario para preservar los valores ínsitos en ese precepto y que sea compatible con la naturaleza de la citada actuación administrativa*. Más en concreto, en cuanto al derecho a no declarar contra sí mismo como garantía instrumental del derecho de defensa, del que es una manifestación específica el derecho a la no autoincriminación, la STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7, ha establecido que «rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el Derecho administrativo sancionador, pues los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE no quedarían salvaguardados si se admitiera que la administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido» (FJ 4º apdo. c).

Pese a esta aparente extensión, el Tribunal de Garantías ha defendido la modulación del derecho en los procedimientos administrativos sancionadores especiales. Así, se argumenta que el derecho a no autoincriminarse no es absoluto y que no protege frente a las aportaciones autoinculpatorias *per se*, sino contra la obtención de pruebas con métodos coercitivos. Pero todo ello con independencia del contexto procedimental en que se obtuvieran (penal o administrativo).

En materia administrativo-tributaria, debe referirse a la STC 54/2015, de 16 de marzo. En el caso se examina la alegación del contribuyente según la que atribuir efectos inculpatórios en el procedimiento sancionador tributario a la conformidad afirmada por el contribuyente en el previo procedimiento de gestión tributaria había desconocido la garantía de no autoincriminación. El tribunal acepta este enfoque como análisis adecuado y en cuanto a esa dimensión constitucional afirma que «en relación a la garantía de no autoincriminación en el ámbito tributario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado, entre otras, en las sentencias de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, y de 19 de septiembre de 2000, caso *I. J. L. y otros c. Reino Unido*, donde advierte que, si de acuerdo con

la legislación aplicable la declaración ha sido obtenida bajo medios coactivos, esta información no puede ser alegada como prueba en el posterior juicio de la persona interesada, aunque tales declaraciones se hayan realizado antes de ser acusado». Por ello en base a esta interpretación, para el correcto respeto a la garantía de no autoincriminación, es indiferente que la declaración coactiva se produzca en un proceso o procedimiento previo al propiamente penal o sancionador, pues lo relevante es que produzca efectos incriminatorios en este último.

Pero nos interesa también la propia interpretación que hace suya el TC español con respecto de la doctrina TEDH. A juicio del TC, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el art. 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la “persona acusada”» (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J. B. c. Suiza*, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso *John Murray c. Reino Unido*, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, § 68; de 21 de diciembre de 2000, caso *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, § 40; de 8 de abril de 2004, caso *Weh c. Austria*, § 39, y de 4 de octubre de 2005, caso *Shannon c. Reino Unido*, § 32). Y estos métodos coactivos abarcan también la sanción administrativa, puesto que la garantía de no incriminación se aplica a la información obtenida coactivamente en un proceso de naturaleza meramente indagatoria que es utilizada para fundar en el seno de un posterior proceso de naturaleza penal o sancionador (*Saunders c. Reino Unido*, § 74, e *I.J.L. y otros c. Reino Unido*, §§ 82 y 83). Pero también en aquellas otras situaciones en que el poder público asocia formas de coacción (multas) a quienes en un proceso de naturaleza no penal, como procedimientos de indagación en materia aduanera (STEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*) o de gestión tributaria (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J.B. c. Suiza*) o de investigación para localizar el producto de un delito (STEDH de 4 de octubre de 2005, caso *Shannon c. Reino Unido*), rehúsan aportar información que podría ser usada posteriormente contra ellos en un procedimiento de carácter penal²⁸.

En definitiva, lo relevante en la garantía de no autoincriminación sería el carácter coactivo de la aportación de la información (amenaza de sanción por no colaboración), independientemente del contexto procedimental en que se obtu-

²⁸ Véase nuevamente STC 74/2022 de 14 de junio de 2022 (cuestión de inconstitucionalidad 1643-2021, admitida por Providencia TC de 16 de septiembre de 2021. *BOE*, 227 de 22 de septiembre de 2021). De manera sorprendente la sentencia se aparta de la construcción que hemos explicado y considera constitucional el precepto LGT que, aplicado al caso, sanciona con 600.000 euros a Endesa en un caso de alegada no aportación de documentación en una liquidación de tasa municipal por utilización privativa del dominio público de poco más de 200.000 euros. Vide el voto particular de los magistrados Enrique Arnaldo y Concepción Espejel.

viera, y el efecto incriminatorio que produjese o pudiese producir en un proceso de naturaleza penal o administrativa sancionadora (siempre que este último sea de tal entidad que permita calificarlo de afflictivo o represivo, en contraposición con el meramente resarcitorio).

Todo ello valdría para el caso de la legislación española sobre inspección y supervisión del mercado de valores, sin poder entrar a detallar aquí si la misma cuestión es (*rectius* debería ser) aplicable a otras manifestaciones de derecho administrativo especial como el derecho de la competencia donde las mismas reglas, de modo a nuestro juicio muy discutible, no rigen²⁹. El traslado de los principios garantistas del proceso penal al procedimiento administrativo incluye no solo aquellos procedimientos sancionadores que pueden desembocar en un procesamiento penal, sino también aquellos puramente administrativos cuya gravedad permita caracterizarlos como «de carácter penal». Pese a la imprecisión del derecho europeo derivado, los Estados miembros están obligados a buscar tanto una interpretación conforme del DUE con la Carta como a utilizar su margen de apreciación (incluso en la praxis administrativa), para compatibilizar las potestades administrativas de supervisión e inspección con el respeto a los derechos fundamentales. Al final, la cuestión que queda abierta es si la garantía de dichos derechos fundamentales es suficiente mediante un control de la adecuada actuación administrativa (opción europea de interpretación conforme) o hace falta una efectiva protección normativa (opción italiana de declaración de inconstitucionalidad del precepto que permite la lesión).

²⁹ Cfr. en este sentido la muy preocupante reforma de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia llevada a cabo recientemente por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril (*BOE*, 101 de 28 de abril de 2021). Cfr. J. Guillen Caramés (2015), «Régimen jurídico de los requerimientos de información efectuados por las autoridades de competencia», *Revista de Administración Pública*, 197, págs. 41-89.