

# DIÁLOGO Y CONFLICTO ENTRE TRIBUNALES A PROPÓSITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA. NOVEDADES CON OCASIÓN DE LA SAGA TARICCO

## DIALOGUE AND CONFLICT BETWEEN COURTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EU. WHAT'S NEW AFTER THE TARICCO SAGA

Adrián García Ortiz

Investigador predoctoral FPU. Universidad de Alicante

[resumen](#) - [abstract](#)

[palabras claves](#) - [key words](#)



"ReDCE núm. 30. Julio-Diciembre de 2018"

**Internet y Democracia.**

### SUMARIO

#### 1. Introducción

#### 2. El largo camino hacia una Declaración de Derechos de la Unión Europea

#### 3. La CDFUE como derecho mínimo. La cláusula del mejor estándar de protección y el caso Melloni

#### 4. El caso Taricco I o la apertura de la caja de pandora

#### 5. A vueltas con los contralímites. La reacción de la Corte Costituzionale

#### 6. Las Conclusiones del Abogado General Yves Bot en Taricco II

#### 7. Taricco II: la quiebra del principio de primacía

#### 8. La respuesta definitiva de la Corte Costituzionale

## **9. Unas primeras conclusiones provisionales**



[Volver](#)

### **1. Introducción.** ↓

Como afirmó el presidente de la Comisión Europea Jean-Claude Juncker en su discurso sobre el estado de la Unión de 2016[1], la Unión Europea –UE– se encuentra en una crisis existencial. La debilidad del proyecto europeo, manifestada en el Brexit, el auge de los nacionalismos y populismos, la tibia respuesta a la crisis de refugiados o la activación del art. 7 del Tratado de la Unión Europea –TUE–[2] a Polonia y Hungría, demanda de las instituciones europeas una respuesta constitucional que sitúe a la persona en el eje del ordenamiento y la política de la Unión. Los derechos fundamentales emergen, así, como una posible vía de solución que puede fundamentar y legitimar la UE. Por medio del presente artículo pretendemos realizar un recorrido por la posición que los derechos fundamentales han ocupado en la arquitectura constitucional de la Unión, desde su construcción jurisprudencial inicial hasta la creación del “Bill of Rights” europeo que ha supuesto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –CDFUE–[3]. Para ello, se asume la premisa de que el debate de los derechos fundamentales en la UE debe apoyarse en dos pilares: el diálogo entre tribunales y la interrelación entre ordenamientos a través, en concreto, del art. 53 CDFUE, precepto cuya interpretación ha sido objeto de estudio en el célebre caso Melloni y la reciente saga Taricco, cuyas sentencias, que han motivado la elaboración del presente estudio, pueden haber supuesto un punto de inflexión en la relación entre la primacía del Derecho de la Unión y los principios constitucionales supremos de los ordenamientos nacionales.

### **2. El largo camino hacia una declaración de derechos de la Unión Europea.** ↓ ↑

Los derechos fundamentales, en la medida en que definen el estatuto jurídico básico de la

persona, constituyen el elemento nuclear del ordenamiento jurídico, en el que actúan como un factor de homogeneización[4] e integración[5]. La dependencia de los derechos fundamentales, como categoría conceptual, en relación con un determinado sistema jurídico, explica la evolución paralela, si bien a distinta velocidad, de los derechos fundamentales en la UE y la propia conformación del ordenamiento jurídico europeo. De este modo, pese a que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –TJCE– empezó tempranamente a configurar el Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico autónomo[6], dotado de los principios de primacía[7] y efecto directo[8], el primigenio objetivo de integración económica de la entonces Comunidad Económica Europea dificultó el desarrollo de una doctrina propia en materia de derechos fundamentales. En una primera etapa, el TJCE transitó desde una posición inicial de indiferencia o desinterés[9] hacia los derechos fundamentales (asuntos Stork[10], de 1959; Comptoirs de vente[11], de 1960; y Sgarlata[12], de 1965), hacia su integración en los principios generales del Derecho comunitario (asunto Stauder[13], de 1969), que habrían de inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (asunto Internationale Handelsgesellschaft mbH[14], de 1970) y los tratados internacionales sobre derechos humanos (asunto Nold[15], de 1974); en especial, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales –CEDH– (asunto Rutili[16], 1975). Los importantes avances efectuados en Stauder e Internationale Handelfessellschaft no pudieron evitar, sin embargo, la denominada «rebelión de los Tribunales Constitucionales»: como es sabido, los Tribunales Constitucionales italiano (asunto Frontini[17], de 1973) y alemán (asunto Solange[18], de 1974), advirtieron que no aceptarían la primacía del Derecho comunitario si ello implicaba una vulneración de sus disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales[19], esenciales para su propia identidad constitucional.

La Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de 1977[20] daría comienzo a una etapa en la que los derechos fundamentales abandonarían su presencia meramente jurisprudencial y, sobre la base de la anterior construcción doctrinal, empezarían a ser referenciados en los textos comunitarios, primero como mención secundaria en el preámbulo del Acta Única Europea de 1986[21] y, más adelante, en el art. F. 2 del Tratado de Maastricht de 1992[22]. El último estadio en el régimen de los derechos fundamentales en la UE lo encontramos en el Tratado de Lisboa (2007)[23]. El art. 6 TUE, tras Lisboa, incorpora a la proclamación de los derechos como principios generales del Derecho comunitario (art. 6.3 TUE)[24] el avance hacia una Europa de los derechos de un modo bidireccional. Por un lado, quedaba consagrada la CDFUE como declaración de derechos propia de la UE, en tanto le otorgaba el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE); por otro lado, pretendía encomendar la efectiva protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– mediante el establecimiento, como mandato imperativo, de la adhesión al CEDH (art. 6.2 TUE)[25].

Tras la adquisición de vinculatoriedad jurídica, el análisis de los derechos fundamentales en la UE debe basarse en la evaluación de la posición que ocupa la CDFUE en la arquitectura constitucional de la UE. Tras un largo y tortuoso camino jurisprudencial, y una lenta e insuficiente incorporación a los Tratados, el Tratado de Lisboa ha otorgado a la declaración de derechos europea el valor jurídico propio del Derecho originario. Es necesario determinar, pues, si dicha atribución tiene algún significado o si, por el contrario, la Carta continúa siendo un «convidado de piedra»[26]. La duda es razonable: desde la perspectiva constitucional, es difícil encajar una declaración de derechos efectuada por una institución que, sin embargo, no tiene atribuida la competencia en materia de derechos fundamentales, salvo si su única pretensión es convertirse en un catálogo de directrices políticas dirigido al legislador o en una guía o parámetro de la labor judicial de concreción de los principios generales; funciones que, por otra parte, venía desempeñando con anterioridad a la adquisición de eficacia jurídica. En cualquier caso, en el estado actual del desarrollo del Derecho de la Unión, la doctrina científica debe prestar atención a la potencialidad de la CDFUE como efectiva declaración de derechos de un embrionario ordenamiento constitucional europeo, partiendo, en primer lugar, de la operatividad de la CDFUE según de las denominadas «cláusulas horizontales», ubicadas en el Título VII de la CDFUE (arts. 51 a 54), de entre las que ocupa un papel esencial el art. 53 CDFUE, en tanto regula la operatividad de la Carta en las relaciones interordinamentales. Por ello, en las próximas líneas trataremos de analizar la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– del citado precepto en el caso Melloni y el posible cambio de interpretación derivado de la reciente saga Taricco.

### **3. La CDFUE como derecho mínimo. La cláusula del mejor estándar de protección y el caso Melloni**[27]. ↓↑

De conformidad con el art. 53 CDFUE,

«[n]inguna de las disposiciones de la [CDFUE] podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

Una primera lectura de este precepto, que algún autor ha llegado a calificar como «enigma no resuelto del Derecho Constitucional Europeo»[28], podría conducir a la afirmación de que, a

sensu contrario, el otorgamiento por la CDFUE de una protección inferior a un derecho fundamental respecto a la de la Constitución de un Estado miembro implicaría una «limitación del derecho fundamental» que daría lugar, según el art. 53 CDFUE, a la aplicación del estándar nacional, a modo de cláusula de no regresión[29]. No sería, en principio, obstáculo a esta afirmación el hecho de que el acto supuestamente vulnerador tuviera naturaleza comunitaria, pues precisamente la finalidad de este artículo sería garantizar, en todo caso, que ningún derecho fundamental de los proclamados en la Carta fuera limitado o lesionado. De lo contrario, podría alegarse, se trataría de un «enunciado jurídicamente vacío»[30]. Esta interpretación sería, además, acorde con la mantenida tradicionalmente por la doctrina respecto al art. 53 CEDH, de casi el mismo tenor literal. No obstante, la doctrina científica advirtió pronto de las consecuencias letales que esta interpretación implicaría para el principio de primacía del Derecho de la Unión[31], pues quedaría en entredicho ante la aplicación de una norma nacional, aun constitucional, de contenido más favorable para el derecho fundamental vulnerado. Ante dicho escenario de incertidumbre, el Tribunal Constitucional español –TC– solicitó al TJUE, en la que fue su primera cuestión prejudicial, la interpretación de dicho precepto[32].

Condenado en rebeldía por el Tribunale di Ferrara por un delito de quiebra fraudulenta, la Audiencia Nacional decidió, por auto de 12 de septiembre de 2008, la entrega del señor Melloni a las autoridades italianas. Dicho auto fue objeto de recurso de amparo ante el TC por constituir una «vulneración indirecta de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el (...) art. 24.2 CE»[33], dado que la legislación procesal italiana no permitía el recurso contra las sentencias condenatorias dictadas en rebeldía. En lo que aquí nos interesa[34], el TC, en su tercera cuestión prejudicial, solicitó una interpretación del art. 53 CDFUE y ofreció, para ello, tres posibles alternativas[35]. En primer lugar, dicho precepto podría ser concebido como una cláusula de estándar mínimo de protección característica de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, equiparable a la del art. 53 CEDH[36]. En segundo lugar, el art. 53 CDFUE podría tener la misma finalidad que el art. 51 CDFUE, esto es, la delimitación del ámbito de aplicación de la Carta. Esta interpretación, no obstante, implicaría, según el TC, que el precepto «quedaría privado de contenido jurídico propio y se convertiría en una disposición redundante con respecto al art. 51 CDFUE», así como a que «la Carta [podría] dar lugar en los Estados miembros a la reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales que se deriva de sus normas constitucionales». En tercer lugar, el TJUE podría optar por una interpretación integradora de las dos primeras: en ocasiones actuaría como cláusula de estándar mínimo de protección y, en otras, como solución común uniforme, en función de la concreta situación debatida.

El TJUE concluyó[37] que una lectura del art. 53 CDFUE conforme a la primera interpretación efectuada por el TC, es decir, como cláusula del mejor estándar de protección, menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, sentando que

«cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»[38].

En esta sentencia, en definitiva, el TJUE condicionaba la interpretación y protección de los derechos fundamentales, en el marco de la UE, a los objetivos de la Unión. Así se desprende también de las Conclusiones del Abogado General Yves Bot[39], quien desarrolla, asimismo, los criterios de delimitación del margen de actuación de que disponen los Estados para establecer el nivel de protección de los derechos fundamentales cuando han de aplicar el Derecho de la Unión. A tal efecto, el Abogado General distingue dos situaciones[40]: aquéllas en las que la UE ha establecido un concreto nivel de protección y aquéllas en las que no existe una definición común europea. En las primeras, entre las que se encontraría el caso Melloni, el Estado miembro no podría invocar el mantenimiento de su nivel de protección más alto; en las segundas, el Estado dispondría de un mayor margen de actuación, pero, en todo caso, su nivel de protección debería ser conciliable con la debida aplicación del Derecho de la Unión.

El caso Melloni, en definitiva, cuyo criterio fue aplicado finalmente por el TC[41], evidenciaba la subordinación de la mejor protección de los derechos fundamentales a la necesaria garantía de la primacía y eficacia del Derecho de la Unión y, con ello, del proceso de construcción europea[42]. Llevado al extremo, dicha sujeción de los derechos fundamentales a los objetivos de la Unión podría dar lugar a un principio de primacía no predicable del ordenamiento jurídico de la Unión, sino de sus fines[43]. Una solución difícilmente compatible con una pretendida «Europa de los derechos» en la que las acciones, intereses y objetivos siguen asumiendo como centro de gravedad las libertades fundamentales del mercado interior europeo[44].

#### **4. El caso Taricco I o la apertura de la caja de pandora.**

El caso Taricco I[45] tiene origen en una cuestión prejudicial interpuesta por un órgano jurisdiccional italiano, el Tribunale di Cuneo, que conocía de un procedimiento penal por constitución de asociación ilícita para la comisión de delitos en materia de fraude de IVA. El tribunal tuvo que dictar un auto de sobreseimiento respecto de uno de los imputados debido a que, como consecuencia de la sucesión de varios incidentes procesales, las infracciones que se le

imputaban habían prescrito, advirtiendo de que los demás delitos lo harían antes de que pudiera dictarse una resolución judicial definitiva. El órgano a quo manifestó en su cuestión prejudicial que no se trataba de un problema aislado, sino de un fenómeno estructural derivado de la regulación de la prescripción en la legislación procesal italiana: el art. 160 del Código Penal italiano establece que los plazos de prescripción no pueden prolongarse, en ningún caso, más allá de los periodos indicados en el art. 161.2, según el cual la interrupción de la prescripción no puede dar lugar a una ampliación del plazo de prescripción de más de la cuarta parte de su duración máxima. Como consecuencia de la complejidad y la extensa duración de los procesos penales, los referidos preceptos conducían a una «neutralización del efecto temporal de la causa de interrupción de la prescripción»[46] y, en definitiva, a una situación de impunidad respecto de los delitos cuya tramitación presentaba mayores dificultades. Dado que Italia había decidido luchar contra el fraude en materia de IVA[47] a través de la tipificación delictiva, el Tribunale di Cuneo cuestiona si la regulación italiana en materia de prescripción es contraria, entre otros preceptos, al art. 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–[48], según el cual

«[l]a Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión».

Según el TJUE, dicho precepto, junto con su segundo apartado[49], impone a los Estados miembros una obligación de resultado[50] en virtud de la cual los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros deben establecer, cualquiera que sea la técnica utilizada, medidas de lucha contra el fraude del IVA de carácter efectivo y disuasorio. Por ello,

«en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, las disposiciones del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional existente»[51].

De esta manera, el TJUE, en el fallo, considera que la normativa italiana en materia de prescripción «puede ser» contraria al art. 325.1 y 2 TFUE, siempre y cuando la normativa nacional impida imponer «sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea», o, en segundo lugar, establezca para el fraude que afecte a los intereses financieros nacionales plazos de prescripción más largos que para los fraudes que afecten a los intereses de la Unión, «extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional». Además, establece que son los jueces nacionales quienes deben «garantizar la plena eficacia del artículo [325.1 y 2 TFUE], dejando si es preciso sin aplicación las disposiciones del Derecho nacional que impidan al Estado miembro de que se trate dar cumplimiento a las obligaciones que le impone dicho artículo». La sentencia otorga así al juez

nacional una enorme, e impracticable, potestad discrecional: deberá decidir si las sanciones penales en materia de IVA son efectivas y disuasorias; si, por el contrario, no lo son «en un número considerable de casos», operación que no puede efectuar un órgano jurisdiccional por sí solo; y, en definitiva, garantizar la eficaz aplicación del art. 325 TFUE.

En principio, el presente caso no despierta más interés que el propio de una simple aplicación a un caso concreto del principio de primacía: en caso de contradicción entre una norma de Derecho interno (los arts. 160 y 161 del Código Penal italiano) y una norma de Derecho de la Unión (el art. 325 TFUE), debe aplicarse la norma de Derecho de la Unión y dejarse inaplicada la norma interna. En realidad, no obstante, el asunto presenta una trascendencia constitucional derivada de la evidente conexión entre el instituto de la prescripción y los principios de seguridad jurídica y legalidad, dejando el criterio sentado por el TJUE sin resolver al respecto de tres cuestiones: primero, si la inaplicación del régimen de prescripción afecta al principio de legalidad penal en su exigencia de certeza e irretroactividad “in malam partem”; segundo, si afecta, por extensión, a la identidad nacional italiana, en tanto el principio de legalidad es un principio constitucional superior; tercero, si no es posible, con base en el art. 53 CDFUE, un estándar nacional de protección de derechos más elevado.

Respecto al primer problema, el TJUE intuye las importantes consecuencias en el plano de los derechos fundamentales que puede implicar el criterio sentado: «si el órgano jurisdiccional nacional decide dejar sin aplicación las disposiciones nacionales controvertidas, habrá de velar igualmente por que se respeten los derechos fundamentales de las personas afectadas»[52]. Sin embargo, con esta expresión, el TJUE no contribuye sino a dificultar el problema: asume que la inaplicación del régimen de prescripción puede suponer una vulneración de derechos fundamentales, pero no los identifica y, sobre todo, no ofrece una solución en caso de que, efectivamente, se produzca dicha vulneración, aunque parece deducirse que ésta no podrá consistir en la inaplicación de la regla sentada en la sentencia, pues la fórmula no se expresa en forma de excepción. En cualquier caso, establece que el criterio adoptado no afecta al principio de legalidad penal del art. 49 CDFUE, porque dicho precepto exige que la infracción y la sanción se encuentren tipificados en el momento de la comisión del delito[53], pero no puede considerarse comprensivo del régimen de prescripción. La exclusión de las normas de prescripción del principio de legalidad penal sería, además, congruente con la jurisprudencia del TEDH[54], que habría establecido que una prórroga del plazo de prescripción y su aplicación inmediata no constituye una vulneración de los derechos garantizados por el art. 7 CEDH (equivalente al art. 49 CDFUE). Dado que no se considera vulnerado ningún principio constitucional ni derecho fundamental, ni en la argumentación del TJUE ni en la de la Abogado General[55], tienen cabida el examen de la identidad constitucional y del art. 53 CDFUE.



## **5. A vueltas con los contralímites. La reacción de la Corte Costituzionale.**

La trascendencia constitucional del criterio sentado en Taricco I motivó la respuesta de la Corte Costituzionale en su Ordenanza 24/2017[56], con la que interpone una cuestión prejudicial al TJUE en un procedimiento de cuestión de inconstitucionalidad (“giudizi di legittimità costituzionale”) planteado por la Corte di cassazione y la Corte d’appello di Milano, que habían expresado sus dudas respecto de la constitucionalidad de la interpretación llevada a cabo por el TJUE en la referida sentencia.

La Corte Costituzionale asume como eje central de su tesis la necesidad de salvaguardar la identidad constitucional italiana. Por ello, amenaza con la utilización de la teoría de los contralímites[57], instrumento «para amenazar siempre pero para activar nunca»[58]: la observancia de los principios supremos del orden constitucional italiano y de los derechos inalienables de la persona son una condición para que el Derecho de la Unión se aplique en Italia. Si no se produjera tal observancia, lo cual es, sin embargo, «altamente improbable», sería necesario declarar la inconstitucionalidad de la ley nacional que autorizó la ratificación de los Tratados, en la parte en que se permite la vulneración. En este sentido, no hay duda de que el principio de legalidad penal expresa un principio supremo del sistema jurídico, destinado a proteger los derechos inviolables de la persona[59]v. En consecuencia, si la aplicación del art. 325 TFUE comportase el ingreso en el ordenamiento jurídico italiano de una regla contraria al principio de legalidad penal (porque permitiera la inaplicación de una de sus manifestaciones), la Corte debería impedirlo. Debe tenerse en cuenta que, como recuerda la Corte Costituzionale, en el ordenamiento jurídico italiano el régimen legal de la prescripción tiene naturaleza sustantiva, y no procesal[60], y, como tal, se encuentra incluido en el principio de legalidad penal[61]: según se desprende del art. 25.2 de la Constitución italiana de 1947[62], es necesario que en el momento de la comisión del hecho estén determinados la infracción, la sanción y el plazo de prescripción. La Corte Costituzionale señala que no es necesario que el marco jurídico europeo sea uniforme en este aspecto, ya que no afecta directamente a las competencias ni a las normas de la Unión, siendo cada Estado miembro libre de atribuir a la prescripción de los delitos, la naturaleza de una institución sustancial o procesal, de conformidad con su tradición constitucional[63]. En definitiva, el Derecho de la Unión no puede interpretarse en el sentido de imponer al Estado miembro la renuncia a los principios supremos de su ordenamiento constitucional, porque ello atentaría contra la identidad constitucional del mismo[64].

En un loable intento de diálogo con el TJUE, la Corte, sin abandonar su firme posición, centra sus esfuerzos argumentativos en tratar de compatibilizar el criterio sentado en Taricco I, que no discute, con la salvaguardia de la identidad constitucional italiana. Apunta, en este sentido, como posible cauce de solución, a la procedencia de la aplicación del art. 53 CDFUE, en tanto que las normas sobre prescripción italianas, al estar incluidas en el principio de legalidad penal, suponen un nivel de protección más elevado que los del art. 49 CDFUE y el art. 7 CEDH[65]. Ello no afectaría, en su opinión, al principio de primacía del Derecho de la Unión, lo que diferenciaría precisamente este caso al de Melloni: no se duda de la regla sentada en Taricco I, sino que solamente se evidencia la existencia de un «impedimento de orden constitucional» a su aplicación directa por el juez[66], una especie de obstáculo externo al Derecho de la Unión[67]. En conclusión, la Corte solicita al TJUE la confirmación acerca del mantenimiento del criterio de Taricco I, en sus mismos términos, o si, por el contrario, permite su inaplicación en el caso de que en el ordenamiento de un Estado miembro la prescripción sea parte del Derecho penal sustantivo y esté sujeta al principio de legalidad y, por tanto, forme parte de los principios superiores del ordenamiento constitucional del Estado miembro o de los derechos inalienables de la persona reconocidos en la Constitución del Estado miembro. En otros términos, la Corte requiere al TJUE un cambio de posición respecto a Taricco I, dado que, de lo contrario, se encontraría en la obligación de reconocer la inconstitucionalidad, por aplicación de la teoría de los contralímites, del art. 325 TFUE.

## **6. Las conclusiones del Abogado General Yves Bot en Taricco II.**

A diferencia del caso anterior, en Taricco II[68] nos encontramos ante un diálogo al más alto nivel entre el TJUE y la Corte Costituzionale, que, con esta, plantea su tercera cuestión prejudicial[69]. Si el objeto de debate de Taricco I había sido la compatibilidad de una norma infraconstitucional (los arts. 160 y 161 del Código Penal italiano) con un precepto de Derecho originario (el art. 325 TFUE, entre otros), en Taricco II la Corte Costituzionale introduce en el debate, por primera vez, el art. 25 de la Constitución italiana. Ello implica que el problema inicial de fondo no presentaba un cariz constitucional: ninguna disposición de los Tratados se oponía a precepto constitucional alguno. Por el contrario, el problema de constitucionalidad deriva de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia sobre un precepto que, como se afirma, no contradice, per se, la Constitución italiana.

El Abogado General Yves Bot[70] decidió aplicar los criterios que él mismo diseñó en las

conclusiones de la sentencia Melloni a las tres cuestiones derivadas del caso Taricco I[71] formuladas por la Corte Costituzionale en su cuestión prejudicial: la posible vulneración del principio de legalidad penal por la inaplicación del régimen italiano de prescripción; la afectación consecuente a la identidad constitucional italiana; y la posibilidad de justificar la aplicación del régimen de prescripción con fundamento en el art. 53 CDFUE.

Respecto a la vulneración del principio de legalidad, según Yves Bot, el art. 49 CDFUE cubre la definición de las infracciones y el nivel de penas aplicables, pero no la determinación de los plazos de prescripción, por lo que «nada se opone a que el juez nacional (...) no aplique las disposiciones establecidas en los artículos 160, último párrafo, y 161, párrafo segundo, del Código Penal a los procedimientos en curso»[72]. Ello, además, no supondría un ataque a la identidad constitucional de Italia, porque, afirma, el principio de legalidad penal no es un principio superior del ordenamiento constitucional italiano, y ello con independencia de que se constatará la vulneración del principio de legalidad. La prohibición de aplicación inmediata de un plazo de prescripción más largo es «un derecho fundamental protegido por la Constitución italiana cuya importancia no cabe subestimar, pero ello no significa, no obstante, que deba pensarse aquí en la aplicación del artículo 4 TUE, apartado 2»[73]. En contra de la Corte Costituzionale, que sí consideró en peligro la identidad constitucional italiana, el Abogado General acude a la propia jurisprudencia constitucional italiana para argumentar la ausencia del carácter fundamental del principio de legalidad[74].

En cuanto a la posible aplicación del art. 53 CDFUE, el Abogado General Bot afirma que la interpretación de los derechos proclamados en la CDFUE debe tender a un nivel elevado de protección[75], pero «no es posible razonar únicamente en términos de nivel de protección más o menos alto de los derechos fundamentales, sin tener en cuenta los imperativos ligados a la acción de la Unión y a la especificidad del Derecho de la Unión»[76]. En concreto, la protección de los derechos fundamentales debe ponderarse, en la esfera de la UE, con los intereses específicos que impulsan la acción de la Unión, como son la uniformidad de la aplicación del Derecho de la Unión y la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia[77]. En tanto en cuanto la interpretación del art. 53 CDFUE efectuada por la Corte Costituzionale atenta contra el principio de primacía del Derecho de la Unión[78], no es posible su admisión. Si en Melloni el Abogado General realizaba una distinción en función de la existencia de una regulación uniforme en la Unión sobre la materia afecta, y situaba ese caso entre aquellos en los que sí existía uniformidad, ubica ahora a Taricco II en el grupo en que, ante la ausencia de una normativa homogénea, los Estados miembros gozarían, en principio, de un mayor margen de actuación para aplicar estándares de protección más elevados[79]. No obstante, esta posibilidad quedaba condicionada a que no afectase a la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión, lo que sucedía en el caso Taricco II. En definitiva, el Abogado General propone al TJUE la no modificación de la posición establecida en Taricco I por

aplicación de la doctrina Melloni; una postura sobre la supremacía del Derecho de la Unión conservadora y radical y que, probablemente, de haber sido seguida por el TJUE, hubiera implicado la activación de los contralímites[80].

## **7. Taricco II: La quiebra del principio de primacía.** ↓ ↑

En la segunda sentencia de la saga[81], el TJUE decide adoptar una solución que se apartará de las conclusiones de Yves Bot, de Taricco I y de Melloni, y que permitirá que la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión puedan ser excepcionados en caso de que queden comprometidos los derechos fundamentales, los principios superiores del ordenamiento constitucional y, en definitiva, la identidad constitucional del Estado miembro.

En primer lugar, el TJUE decide matizar la postura sentada en Taricco I mediante el reconocimiento de la naturaleza sustantiva de las normas procesales italianas que regulan el régimen de prescripción y, en consecuencia, su inclusión en el principio constitucional de legalidad penal previsto en el art. 25.2 de la Constitución italiana. El TJUE reconoce que «los requisitos de previsibilidad, de precisión y de irretroactividad inherentes al principio de legalidad de los delitos y las penas se aplican, en el ordenamiento jurídico italiano, también al régimen de prescripción relativo a las infracciones penales en materia del IVA»[82]. Con la nueva información que ahora dispone[83], la regla sentada en Taricco I, según la cual, en esencia, el juez nacional debe inaplicar el régimen de prescripción regulado en su propio Código Penal para garantizar la sanción del fraude a los intereses financieros de la Unión, puede conducir a una «situación de incertidumbre en el ordenamiento jurídico italiano respecto a la determinación del régimen de prescripción aplicable, que menoscaba el principio de precisión de la ley aplicable»[84]. Por ello, en caso de que el juez nacional constatará la existencia de dicha situación de incertidumbre, no estaría obligado a dejar sin aplicación las disposiciones del Código Penal controvertidas[85]. El aparente cambio de criterio, que se basaría en lo afirmado en el apartado 53 de Taricco I[86], es finalmente confirmado en el apartado 61 de la sentencia, que, por su relevancia, reproducimos:

«[s]i el juez nacional considera que la obligación de no aplicar las disposiciones del Código Penal controvertidas vulnera el principio de legalidad de los delitos y las penas, no debería cumplir dicha obligación y ello, aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión».

El principio de legalidad podría vulnerarse, en concreto, en caso de «falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de comisión de la infracción»[87]. Resulta difícil imaginar, empero, algún caso en que el principio de legalidad penal no resulte lesionado, habida cuenta de que, si en Italia comprende el régimen de prescripción, toda inaplicación del mismo conducirá a una falta de precisión de la ley aplicable.

La modificación de postura puede expresarse en los siguientes términos: en la primera sentencia de la saga se afirmaba que el art. 325 TFUE obligaba al juez nacional, en determinadas circunstancias, a no aplicar su Código Penal; en Taricco II el TJUE obliga al Juez nacional, en determinadas circunstancias, a no aplicar su Código Penal a menos que resulte vulnerado el principio de legalidad. Esto es, en caso de vulneración del principio de legalidad (lo que se producirá siempre que se inaplique su régimen de prescripción), el juez nacional podría seguir aplicando su Código Penal. La regla se aplicará incluso aunque el respeto al criterio sentado en Taricco I «permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión», es decir, aunque ello implique una lesión a la primacía, la unidad o la efectividad del Derecho de la Unión. El TJUE vuelve a atribuir al órgano jurisdiccional nacional toda la responsabilidad: la regla sentada en Taricco es correcta y, siempre que sea posible, debe ser aplicada. No obstante, en el caso de que el órgano judicial considere que la aplicación de la regla puede contrariar el principio de legalidad, entonces decaería su obligación de dejar sin efecto su Código Penal respecto a las reglas de prescripción: podría aplicarlas, lo que daría lugar a la continuidad de las situaciones de impunidad, o bien podría inaplicarlas con fundamento en Taricco I.

Por otra parte, el TJUE pretende marcar un claro distanciamiento respecto al criterio establecido en Melloni[88] aunque, para ello, no mencione dicha sentencia, ni el art. 53 CDFUE ni la identidad nacional[89]. Sin embargo, la propia estructuración de su argumentación le exige acudir, como punto de partida, a la doctrina Melloni, aunque sea de forma indirecta: la cita al caso Åkerberg Fransson[90]. De esta manera, el TJUE afirma que las autoridades y tribunales nacionales pueden aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión[91]. Señala como referencia de este criterio el apartado 29 de la sentencia Åkerberg Fransson, que, sin embargo, se limita a reproducir el criterio sentado en el caso Melloni, dictada el mismo día.

La sentencia Taricco II asume que la inclusión en el principio de legalidad penal del régimen de prescripción representa un estándar más elevado de protección previsto por la Constitución italiana pero no por la CDFUE. El criterio general respecto a la interrelación entre estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, conforme a la sentencia Melloni,

es la imposibilidad de aplicar niveles nacionales de protección superiores a los previstos en las normas europeas. No obstante, dicha regla general queda exceptuada, permitiendo, por tanto, la aplicación del estándar nacional, cuando concurren dos requisitos: no debe existir en el Derecho de la Unión ningún nivel de protección homogéneo en la materia implicada y la aplicación del estándar nacional de protección no puede perjudicar la primacía, la unidad o la efectividad del ordenamiento jurídico europeo. En primer lugar, respecto al asunto enjuiciado en la saga Taricco, no existe, en el Derecho de la Unión, una armonización en materia de prescripción de las infracciones y sanciones penales[92], por lo que, en principio, los Estados miembros dispondrían de un mayor margen de actuación que, en ningún caso, podría conducir a actuaciones contrarias a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. En segundo lugar, como afirma la sentencia Taricco I y las conclusiones del Abogado General en Taricco II[93], la aplicación del régimen italiano de prescripción supone un atentado contra la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión, en concreto, en materia de lucha contra el fraude fiscal que afecta a los intereses financieros de la Unión. La concurrencia de los dos requisitos conduciría a la aplicación del criterio Melloni: no cabría la aplicación del estándar nacional de protección y, por tanto, no podría aplicarse el régimen italiano de prescripción. Sin embargo, en Taricco II, el TJUE permite al órgano judicial nacional continuar aplicando su estándar de protección más elevado aun resultando contrario a la efectividad del Derecho de la Unión.

## **8. La respuesta definitiva de la Corte Costituzionale.** ↓ ↑

Con la sentencia 115/2018[94], por la que se desestiman los “giudizi di legittimità costituzionale” interpuestos por la Corte di cassazione y la Corte d’appello di Milano, la Corte Costituzionale pone fin a la saga Taricco confirmando la hipótesis trazada en su ordenanza 24/2017 y manteniendo su tono firme pero dialogante. En esta resolución, calificada por la doctrina italiana como una sentencia interpretativa de rechazo atípica por la amplitud y profundidad de la motivación[95], la Corte analiza la sentencia Taricco II a través de la distinción de dos planos. En primer lugar, la «regla Taricco», como decide denominar al criterio fijado en Taricco I, según el cual el art. 325 TFUE impide la aplicación de la normativa de prescripción italiana por afectar a la primacía y efectividad del Derecho de la Unión, no debe aplicarse a los hechos cometidos con anterioridad de la fecha de publicación de la sentencia, esto es, el 8 de septiembre de 2015[96]. Este primer criterio se fundamenta en el principio de prohibición de la retroactividad “in malam partem” de las normas penales, principio que deriva directamente del Derecho de la Unión y que no requiere

ninguna verificación por parte de los jueces nacionales[97]. Este criterio, afirma, hubiera sido suficiente para desestimar las cuestiones de constitucionalidad[98], pero la Corte decide continuar el análisis de la «regla Taricco» prescindiendo del límite temporal para fijar su postura y evitar futuros conflictos a través de un fallo con eficacia erga omnes[99].

En segundo lugar, el TJUE encomienda a los jueces nacionales la labor de comprobación, respecto a hechos ocurridos con posterioridad al 8 de septiembre de 2015, de la compatibilidad de la «regla Taricco» con el principio de determinación o taxatividad en materia penal[100]. Esto es, es el juez nacional quien debe comprobar si la inaplicación de la normativa italiana de prescripción atenta, en el concreto caso sujeto a su enjuiciamiento, contra el principio de legalidad penal, pues en tal caso no estaría obligado a aplicar la «regla Taricco». Respecto a este último criterio, la Corte decide matizar, de nuevo, al TJUE, en tanto afirma que dicho criterio no puede ser aplicado, en ningún caso, en el ordenamiento jurídico italiano. Aporta en su defensa dos argumentos, uno de carácter formal y otro sustantivo. En primer lugar, desde el punto de vista formal o procesal, los jueces nacionales no pueden ejercer la labor de comprobación exigida por el TJUE porque la Corte Costituzionale es la única autoridad competente para determinar si el Derecho de la UE contradice los principios superiores del ordenamiento constitucional, entre los que se encuentra el principio de determinación de la ley penal, y los derechos inalienables de la persona[101]. Los jueces nacionales pueden interponer, en caso de duda acerca de la constitucionalidad de la normativa europea incorporada al ordenamiento italiano, una cuestión de constitucionalidad, pero la decisión última corresponde a la Corte Costituzionale[102]. En segundo lugar, con independencia de lo anterior, materialmente la «regla Taricco» vulnera siempre, sin excepción, el principio de determinación de la ley penal consagrado en el art. 25.2 de la Constitución italiana[103]: el principio de legalidad penal incluye el principio de determinación, que comprende en el ordenamiento jurídico italiano la normativa legal en materia de prescripción, de naturaleza sustantiva[104]. La Corte establece que el «déficit de determinación» que impide la aplicación del criterio sentado en Taricco II procede tanto del propio art. 325.1 y 2 del TFUE como de la «regla Taricco» en sí: del tenor literal del art. 325 TFUE, formulado en términos genéricos e indeterminados, no puede preverse la validez de la «regla Taricco»[105]; regla que, por su parte, tal y como la formula el TJUE, contiene expresiones de imposible aplicación; en especial, la concreción del «número considerable de casos» en que las sanciones penales en materia de IVA no son efectivas y disuasorias[106]. La Corte razona que el principio de determinación presenta una doble dirección: la producción de normas adecuadamente definidas garantiza una actividad judicial conforme a Derecho –esto es, evita una actividad «creativa» del juez– y permite a la persona conocer las consecuencias jurídicas de sus acciones antes de ser cometidas[107]. Se trata, pues, de la necesidad de una adecuada formulación del principio de seguridad jurídica, que exige, en definitiva, certeza en la formulación de las normas. Compartimos con parte de la doctrina[108] la consideración de que ni el art. 325 TFUE ni la «regla Taricco» son

indeterminados. El art. 325 TFUE impone una obligación de resultado que no tiene por destinatario a las autoridades judiciales, sino al legislador europeo y de los Estados miembros; la «indeterminación» es, en realidad, el reconocimiento de un margen de discrecionalidad en la adopción de las medidas nacionales. Por su parte, la «regla Taricco» tampoco es indeterminada, sino ilegítima, pues supone una vulneración del principio de separación de poderes entre el legislativo y el judicial: la atribución al juez de la función de buscar medidas que tengan un efecto disuasorio y sean eficaces en la lucha contra el fraude supone una suplantación de las funciones del legislador[109]. Así parece reconocerlo la Corte Costituzionale: «[n]é a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)»[110].

El último de los fundamentos de Derecho de la sentencia, el decimocuarto, constituye una muestra del estilo firme pero dialogante que la Corte ha empleado a lo largo de la misma y de la Ordenanza 24/2017. Así, manifiesta en primer lugar que la inaplicabilidad de la «regla Taricco» no se fundamenta sólo en la Constitución italiana, sino en el propio Derecho de la Unión[111], para concluir, finalmente, que la violación del principio de determinación en materia penal cierra el camino sin excepciones al ingreso de la «regla Taricco» en el ordenamiento italiano. De este modo, la Corte Costituzionale impide la aplicación en el ordenamiento jurídico italiano de los criterios sentados por el TJUE tanto en Taricco I como en Taricco II. El hecho de que la Corte Costituzionale reafirme su competencia para controlar la compatibilidad del Derecho de la Unión con los principios constitucionales, así como que decida la inaplicación tout court de la «regla Taricco», en base a la naturaleza sustantiva de la prescripción y la defensa de la superación de poderes, supone, para algunos autores, una utilización implícita de la teoría de los contralímites[112].

## **9. Unas primeras conclusiones provisionales.**

El caso Melloni y la saga Taricco evidencian que, pese a la nueva posición que parece otorgar el art. 6 TUE a los derechos fundamentales, derivada, fundamentalmente, de la adquisición por la CDFUE de vinculatoriedad jurídica, el principal agente encargado de la tutela y la elaboración de un cuerpo doctrinal sobre los derechos continúa siendo el TJUE. El órgano judicial de la Unión se otorga la competencia de la interpretación del art. 53 CDFUE y, con ello, del propio rumbo y significado de la Carta. Ahora bien, en esta labor, parece consolidarse la tendencia al diálogo entre altos tribunales[113]; un diálogo que ha dejado de caracterizarse por la formulación por el Tribunal



Constitucional de una pregunta y la obtención de una respuesta del TJUE, como sucede en Melloni, para admitir un auténtico diálogo con varios turnos de intervención, única vía posible para una auténtica colaboración[114]. Un nuevo tipo de diálogo en el que el TJUE se muestra receptivo a opiniones contrarias, hasta el punto de modificar su postura y reconocer su error respecto a su atribución de competencia para la interpretación de principios constitucionales nacionales. Un diálogo, en fin, en que el «derecho a la última palabra» cede importancia al «derecho a la primera palabra»[115], dado que el órgano a quo tiene la capacidad de establecer los términos en que se desarrollará el conflicto y, por tanto, los de su resultado.

La trascendencia de la sentencia Taricco II, no obstante, radica en que el TJUE parece reconocer que los principios de primacía, uniformidad y efectividad del Derecho de la Unión, característicos del mismo y baluartes de su supervivencia, no pueden garantizarse en todo caso y sin excepciones[116]. De esta sentencia se desprende que los principios y derechos fundamentales pueden erigirse en límites a la aplicación del Derecho de la Unión[117]. La amenaza al recurso de la teoría de los contralímites nos retrotrae a tiempos remotos en los que los tratados excluían toda mención a los derechos fundamentales; nada parece haber cambiado. Continúa recayendo sobre el TJUE toda la responsabilidad y, por fin, parece mostrar una predisposición a cambiar el statu quo. Los derechos fundamentales no pueden continuar subordinados, en un ordenamiento jurídico como el europeo[118], en el que cada vez resulta más difícil distinguir los actos puramente estatales de los netamente europeos, a la primacía, la uniformidad y la efectividad del Derecho de la Unión que, como la Unión, continúan articulados en clave económica. Aquello que el art. 6 TUE no ha conseguido, el TJUE puede imponer[119]: la centralidad de la persona y los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo. Estas son, probablemente, manifestaciones precipitadas y necesitadas de matices, pero, en cualquier caso, parece claro que el art. 53 CDFUE ha adquirido un nuevo sentido tras la sentencia Taricco II: ya que, aunque expresamente no se proclame su naturaleza como cláusula de mejor estándar de protección, sí parece derogarse la doctrina que sustentaba precisamente la negativa de dicha naturaleza. Se produce, al menos, un repliegue respecto a la doctrina del TJUE sobre los estándares nacionales de los derechos fundamentales aplicados por los Estados miembros cuando ejecutan el Derecho de la Unión[120]. No podemos afirmar que nos encontramos ante un punto de inflexión, ni siquiera ante un cambio definitivo de postura, pero tampoco debemos obviar el importante avance que esta sentencia puede suponer respecto a la centralidad de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo. De confirmarse esta teoría, el TJUE se enfrentaría a un reto para el que, probablemente, carecerá de las competencias necesarias: garantizar el respeto de las identidades nacionales y la mayor protección de los derechos fundamentales sin comprometer la propia existencia del ordenamiento jurídico europeo. Taricco II invita al diálogo entre tribunales, invita a los Estados miembros a reflexionar sobre el papel de la persona y sus derechos fundamentales en la UE e invita al legislador europeo a adoptar el verdadero

protagonismo en sustitución del TJUE. Porque, en definitiva, el problema que subyace es (continúa siendo) la necesaria homogeneización de los estándares de protección de los derechos fundamentales[121]. El TJUE no puede hacer más por una «Europa de los derechos»; es necesario un auténtico debate entre el legislador europeo y los Estados miembros sobre el papel de la persona y de la ciudadanía europea en la UE.

**Resumen:** El presente artículo tiene por objeto el análisis de la evolución de los derechos fundamentales en la Unión Europea y el impacto que en la misma ha tenido la reciente sentencia del TJUE de 5 de diciembre de 2017, asunto C-42/17, M.A.S. y M.B., conocida como Taricco II. Tras una primera construcción jurisprudencial de la doctrina de los derechos fundamentales en la Unión Europea y su posterior incorporación a los Tratados, el TJUE subordinó en el caso Melloni (2013) la protección de los derechos en el espacio de la Unión a sus objetivos y a la primacía, la unidad y la efectividad de su ordenamiento jurídico. La amenaza de la Corte Costituzionale italiana con la aplicación de la teoría de los contralímites puede haber conducido al TJUE, a través de un auténtico diálogo entre altos tribunales, a un retroceso sobre este criterio en el caso Taricco II, originando así un conflicto entre la subsistencia del principio de primacía y la protección de los derechos fundamentales, cuya centralidad en la Unión Europea parece más cerca con esta sentencia.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales en la Unión Europea; principio de primacía; diálogo entre tribunales; teoría de los contralímites.

Abstract: This article aims to analyse the evolution of fundamental rights in the European Union and the impact that the recent sentence of the CJEU of 5 December 2017, case C-42/17, M.A.S. and M.B., known as Taricco II, has had on it. After a first jurisprudential construction of the doctrine of fundamental rights in the European Union and its subsequent incorporation into the Treaties, the CJEU subordinated in the Melloni case (2013) the protection of rights in the space of the Union to their objectives and to the primacy, the unity and the effectiveness of its legal system. The threat of the Italian Corte Costituzionale with the application of the theory of the counter-limits may have led the CJEU, through an authentic dialogue between courts, to a backward movement on this criterion in Taricco II case, thus creating a conflict between the subsistence of the principle of primacy and the protection of fundamental rights, whose centrality in the European Union seems closer with this sentence.

**Key words:** Fundamental rights in the European Union; principle of primacy; dialogue

between Courts; theory of counter-limits.

Recibido: 18 de mayo de 2018

Aceptado: 20 de septiembre de 2018

---

[1] Dirección General de Comunicación (Comisión Europea). Estado de la Unión 2016. Hacia una Europa mejor: una Europa que proteja, empodere y vele por la seguridad. Publicado el 3 de octubre de 2016. Disponible en: <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/c9ff4ff6-9a81-11e6-9bca-01aa75ed71a1>.

[2] Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. DO C 202 de 7.6.2016, p. 13/45.

[3] Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. DO C 364 de 18.12.2000, p. 1/22. La Carta de Niza, de 7 de diciembre de 2000, carecía de valor jurídico, por lo que se publicó en la serie C (comunicaciones e informaciones) del Diario Oficial de la Unión Europea, y no en la serie L (legislación). Dicha versión fue adaptada el 12 de diciembre de 2007: Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. DO C 303 de 14.12.2007, p. 1/16.

[4] J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 71, enero-marzo 1991, p. 87 y ss. En concreto, p. 88.

[5] Véase, en este sentido, la propuesta del profesor García Roca de considerar la existencia de un principio de integración o de unidad funcional por el que, a través de la protección jurisprudencial equivalente de ciertos derechos básicos de las personas y de las formaciones sociales en que se integran, puede alcanzarse una unión más estrecha de los Estados miembros. J. GARCÍA ROCA, “Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?”, en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 16 y ss. En concreto, pp. 40-41.

[6] Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1.

[7] Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, C-6/64, EU:C:1964:66.

[8] Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, *op. cit.*

[9] J. GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 4.

[10] Sentencia de 4 de febrero de 1959, *Stork*, C-1/58, EU:C:1959:4. En este asunto, TJCE desestimó la alegación de la parte demandante, que consideraba que una Decisión de la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero –CECA– vulneraba los derechos fundamentales de libre desarrollo de la personalidad y de libre elección de profesión u oficio, proclamados en la mayoría de las constituciones de los Estados miembros, y, en concreto, en los arts. 2 y 12 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El TJCE no entró a analizar el motivo de fondo porque consideraba que su única función era garantizar el respeto del Derecho comunitario, siendo, en consecuencia, incompetente respecto al enjuiciamiento del Derecho interno, aunque resultaran vulnerados ciertos principios de Derecho constitucional alemán (apartado 4.a).

[11] Sentencia de 15 de julio de 1960, *Comptoirs de vente*, C-36/59, C-37/59, C-38/59 y C-40/59, EU:C:1960:36. En esta sentencia, el TJCE continuaría afirmando que no le corresponde « asegurarse de que las reglas del Derecho interno, incluidas las reglas constitucionales, en vigor en uno u otro de los Estados miembros sean respetadas » (fundamento jurídico II, párrafo séptimo), a pesar de que el Abogado General Lagrange le había propuesto que, aunque no aplicara directamente las reglas de Derecho interno, podía « verse influido por tales normas en la medida en que, en su caso,

podiera ver en ella la expresión de un principio general del Derecho susceptible de ser tomado en consideración para la aplicación del Tratado» (Conclusiones del Abogado General Lagrange, presentadas el 24 de mayo de 1960, asunto *Comptoirs de vente*, C-36/59, C-37/59, C-38/59 y C-40/59, EU:C:1960:27, apartado III, párrafo cuarto). Asimismo, el Tribunal afirmaría que « el Derecho comunitario, tal como surge del Tratado CECA, no contiene ningún principio general, expreso o de otro tipo, que garantice el mantenimiento de los derechos adquiridos» (fundamento jurídico II, párrafo noveno).

[12] Sentencia de 1 de abril de 1965, *Sgarlata*, C-40/64, EU:C:1965:36. En *Sgarlata*, el TJCE afirmaría que la protección de los derechos fundamentales por la UE, en tanto incluidos en las diferentes constituciones nacionales y, por tanto, sujetos a distintos regímenes jurídicos, atentaría contra la uniformidad y la autonomía del Derecho comunitario.

[13] Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, C-29/69, EU:C:1969:57. A través de este procedimiento prejudicial, se cuestionaba si la Decisión 69/71/CEE de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 12 de febrero de 1969, que supeditaba el suministro de mantequilla a precio reducido a los beneficiarios de determinados regímenes de asistencia social a la comunicación de sus nombres a los vendedores, era compatible con los «principios generales del Derecho comunitario en vigor». El TJCE concluyó que, si la disposición se interpreta en el sentido de que no impone, pero tampoco prohíbe, la identificación nominal de los beneficiarios no derivaría de ella «ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona, subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia» (apartado 7). El cambio de postura de Stauder se explica por el Auto del Tribunal Constitucional alemán de 18 de octubre de 1967 (Bundesverfassungsgericht, Auto de 18 de octubre de 1967, asuntos 1 BvR 248/63 y 1 BvR 216/671), en el que advirtió por primera vez que admitiría recursos de inconstitucionalidad contra normas europeas que se fundamentaran en posibles violaciones a los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn. A. MANGAS MARTÍN, “Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales”, en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 29 y ss. En concreto, p. 37.

[14] Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, C-11/70, EU:C:1970:114. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia aplicó la doctrina Stauder («la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia») pero, añadió, «la salvaguardia de dichos derechos (...) se inspir[a] en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» (apartado 4).

[15] Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, C-4/73, EU:C:1975:114. En este asunto, el Tribunal de Justicia afirmó que, para la determinación de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho, debe tenerse en cuenta, junto a las tradiciones constitucionales comunes, «los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos, en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario» (apartado 13). Las líneas generales marcadas en *Nold* serán confirmadas y ampliadas en los casos *Hauer* (Sentencia de 13 de septiembre de 1979, *Hauer*, C-44/79, EU:C:1979:290) y *National Panasonic* (Sentencia de 26 de junio de 1980, *National Panasonic*, C-136/79, EU:C:1980:169).

[16] Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, C-36/75, EU:C:1975:137, apartado 32.

[17] *Corte Costituzionale*, sentencia núm. 183/1973, de 27 de diciembre de 1973. La *Corte Costituzionale*, en su sentencia *Frontini*, aunque sin cuestionar los principios de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario, tras advertir que no podía predicarse el carácter absoluto de la autonomía del ordenamiento jurídico europeo, formuló la denominada teoría de los contralímites: la fundamentación del Derecho europeo deriva de la atribución de las competencias soberanas que ceden los Estados miembros desde sus constituciones nacionales, por lo que estas debían erigirse como parámetro de la eficacia del Derecho europeo en el ámbito nacional, especialmente en caso de quiebra de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Vid. A. AGUILAR CALAHORRO, *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 87-89; y S. GAMBINO, “La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre”, trad. J. F. Sánchez Barrilao, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, julio-diciembre 2007, apartado 2 en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE8/articulos/08SilvioGambino.htm>

[18] Bundesverfassungsgericht. Sentencia de 29 de mayo de 1974, asunto 2 BvL 52/71 (*Solange I*). El Bundesverfassungsgericht estableció que, en tanto no quedaran garantizados los derechos fundamentales en la

Comunidad Europea, el Tribunal constitucional debería efectuar un control de constitucionalidad sobre las normas emanadas de las instituciones comunitarias, y si, a resultas del mismo, se constatará una contradicción entre una norma comunitaria y los derechos fundamentales constitucionales, prevalecería «la garantía de los derechos fundamentales de la Ley fundamental». Este control se mantendría, «[e]n tanto no haya alcanzado un desarrollo suficiente el proceso de integración de la Comunidad como para que el Derecho comunitario contenga también un catálogo formulado de derechos fundamentales aprobado por un Parlamento y con vigencia efectiva, que sea ajustado al catálogo de derechos fundamentales contenido en la Ley Fundamental». Traducción extraída del Boletín de Jurisprudencia Constitucional, núm. 58, Cortes Generales, Secretaría General del Congreso de los Diputados. Secretaría General del Estado, 1986, p. 252-253, considerandos B, I, 4 y 7. En la segunda sentencia de esta saga, *Solange II*, el Bundesverfassungsgericht afirmó que, a la vista de la evolución de la jurisprudencia del TJCE, la protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario era equivalente al del Derecho interno, por lo que, mientras se mantuviera este nivel, no procedía cuestionar el principio de primacía del Derecho comunitario (Bundesverfassungsgericht. Sentencia de 22 de octubre de 1986, asunto 2 BvR 197/83 – *Solange II* –).

[19] J. GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 4. Vid. También P. BIAVATI, “La protección de los derechos humanos en Europa: relaciones entre los tribunales supranacionales y los tribunales constitucionales de los Estados”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 28, 2012, p. 6 y ss.; V. BOU FRANCH, “La Unión Europea y los derechos fundamentales: desafíos actuales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, segundo semestre 2014, p. 15 y ss. En concreto, p. 26.

[20] Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 27 de abril de 1977, Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C 103/1, pág. 67. Esta declaración sienta la doctrina afirmada por el Tribunal de Justicia, al subrayar «la importancia primordial que atribuyen al respecto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones de los Estados miembros, así como de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales».

[21] Acta Única Europea. DO L 169 de 29.6.1987, p. 1. Así rezaba el tercer párrafo del Preámbulo: «Decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social».

[22] Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. DO C 191 de 29.7.92, p. 1/112. Este artículo señalaba que «[l]a Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

[23] Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. DO C 306 de 17.12.2007, p. 1/271.

[24] Según dicho precepto, «[l]os derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales». Si bien el tenor es similar al formulado en el Tratado de Maastricht, mientras en este los derechos eran «respetados», en el Tratado de Lisboa, «forman parte» del Derecho de la Unión como principios generales.

[25] Precepto que, pese a la opinión negativa del TJUE, manifestada en su Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, sigue vigente.

[26] P. CRUZ VILLALÓN: “La Carta, o el convidado de piedra (una mirada a la parte II del Proyecto de Tratado/Constitución para Europa)” en P. CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004. Esta afirmación se debe fundamentalmente a que, conforme al art. 51.1 CDFUE, las disposiciones de la Carta sólo están dirigidas a las «instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión».

[27] Existen abundantes trabajos sobre el caso Melloni. Entre ellos, L. BACHMAIER WINTER, “Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los derechos fundamentales en juicios in absentia en el derecho europeo”, *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, p. 153 y ss.; N. DE BOER, “Addressing rights

divergences under the Charter: Melloni”, *Common Market Law Review* , vol. 50, núm. 4, 2013, p. 1083 y ss.; L. I. GORDILLO PÉREZ y A. TAPIA TRUEBA, “Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo* , núm. 22, julio-diciembre 2014, en [https://www.ugr.es/~redce/REDCE22/articulos/09\\_gordillo\\_tapia.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE22/articulos/09_gordillo_tapia.htm) ; M. IACOMETTI, “ Il caso *Melloni* e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tra Corte di Giustizia e Tribunale Costituzionale spagnolo”, *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* , octubre de 2013, p. 1 y ss.; F. J. MATIA PORTILLA, “Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales: en defensa del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* , núm. 106, 2016, p. 479 y ss.; R. PUNSET BLANCO, “Derechos fundamentales y primacía del Derecho Europeo antes y después del caso Melloni”, *Teoría y Realidad Constitucional* , núm. 39, 2017, p. 189 y ss.; I. TORRES MURO, “La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* , núm. 97, 2013, p. 343 y ss.; A. TORRES PÉREZ, “Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue”, *European Constitutional Law Review* , núm. 10, 2014, p. 308 y ss.

[28] G. COMAZZETTO, “Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco” tra *revirements* e questioni irrisolte”, *Consulta OnLine* , núm. 2/2018, 7 de mayo de 2018, p. 347 y ss. En concreto, p. 364. Este autor denuncia la desproporción entre las expectativas de la doctrina sobre el papel del art. 53 CDFUE como bisagra de los distintos ordenamientos europeos y el valor realmente otorgado por la jurisprudencia del TJUE.

[29] De esta opinión es J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Artículo 53. Nivel de protección”, en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *op. cit.* , p. 852 y ss. En concreto, p. 854.

[30] F. RUBIO LLORENTE, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* , núm. 64, enero-abril 2002, p. 13 y ss. En concreto, p. 44.

[31] X. ARZOZ SANTISTEBAN, “La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* , núm. 74, mayo-agosto 2005, p. 63 y ss. En concreto, p. 106; J. B. LIISBERG, “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?”, *Common Market Law Review* , núm. 38-5, 2001, p. 1171 y ss.; A. LÓPEZ CASTILLO, “Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, *Revista de Estudios Políticos* , núm. 113, julio-septiembre 2001, p. 43 y ss. En concreto, p. 68; F. RUBIO LLORENTE, “Una Carta de dudosa utilidad”, en F. J. MATIA PORTILLA (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* , Civitas, Madrid, 2002, p. 169 y ss. En concreto, p. 199; F. RUBIO LLORENTE, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (...)”, *op. cit.* , p. 43-44.

[32] Tribunal Constitucional (Pleno). Auto núm. 86/2011, de 9 de junio de 2011.

[33] Antecedente tercero.

[34] El TC formuló tres cuestiones prejudiciales: Si la Decisión Marco 2002/584/JAI impedía la subordinación de la entrega del acusado por las autoridades judiciales españolas a la exigencia de revisión de su condena; si ello no sería incompatible con las exigencias del derecho de defensa (arts. 47 y 48.2 CDFUE); y, si no era incompatible, si, en virtud del art. 53 CDFUE, un Estado miembro podría condicionar la entrega del condenado en ausencia a la posibilidad de una revisión de la condena en el Estado miembro requirente, en atención a que dicha posibilidad sería exigida por el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE.

[35] Fundamento jurídico 7.

[36] El TC cita, a modo de justificación, las siguientes sentencias del TJUE: Sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger* , C-112/00, EU:C:2003:333, apartado 74; sentencia de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union* , C-438/05, EU:C:2007:772, apartado 45; sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri* , C-341/05, EU:C:2007:809, apartado 93.

[37] Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni* , C-399/11, EU:C:2013:107.

[38] Apartado 60.

[39] Conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 2 de octubre de 2012, asunto *Melloni* , C-399/11, EU:C:2012:600, apartados 106 a 108.

[40] Apartados 124 a 128.

[41] Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 26/2014, de 13 de febrero de 2014.

[42] L. I. GORDILLO PÉREZ y A. TAPIA TRUEBA, “Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni”, *op. cit.*, p. 16.

[43] M. ORLANDI, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea: dalla contrapposizione tra sistemi giuridici al dialogo multilaterale*, UTET giuridica, Turín, 2012.

[44] En este sentido, la Abogado General Juliane Kokott sugirió que la adhesión de la UE al CEDH podría producir «cierto cambio en el centro de gravedad de las actuaciones que afecte, por ejemplo, a la relación que existe entre los derechos fundamentales y las libertades fundamentales del mercado interior europeo», dado que «[e]s posible que el equilibrio entre, por una parte, las exigencias de la tutela de los derechos fundamentales y, por otra, el interés general o incluso los intereses económicos no siempre sea definido por el TEDH de la misma manera que lo ha sido hasta ahora en la jurisprudencia [del TJUE]». Opinión del procedimiento de dictamen 2/13, de 13 de junio de 2014, EU:C:2014:2475, apartado 206.

[45] Sentencia de 8 de septiembre de 2015, *Taricco*, C-105/14, EU:C:2015:555. Sobre esta primera sentencia puede verse, además de la bibliografía citada, la siguiente: M. BASSINI, “Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco.”, en L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (eds.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2016, p. 357 y ss.; M. LUCIANI, “Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale”, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 2/2016, 2016, p. 1 y ss.; VV.AA., “Atti del Convegno “Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra Diritto Penale e Diritto Europeo””, *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 4/2016, 2016, p. 1 y ss. Desde la perspectiva del Derecho penal, S. MANACORDA, “Le garanzie penalistiche nei rapporti con il Diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso *Taricco*”, *Cassazione penale*, núm. 9, 2016, p. 3488 y ss. Finalmente, desde la perspectiva del Derecho financiero, M. RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, “La sentencia del TJUE en el caso «Ivo Tarricco y otros» y la aplicación extensiva del principio de efectividad en relación con la persecución del fraude en el IVA”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, 2016, p. 171 y ss.

[46] Apartado 46.

[47] El Tribunal de Justicia aclaró que los procedimientos en materia de IVA están comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en la sentencia de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2012:340, apartados 27 y 28.

[48] Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DO C 202 de 7.6.2016, p. 47/199.

[49] Según el art. 325.2 TFUE, «[l]os Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros».

[50] Apartado 51.

[51] Apartado 52.

[52] Apartado 53.

[53] Apartado 56.

[54] Cita, en concreto, en el apartado 57, las sentencias de 22 de junio de 2000, caso *Coëme y otros c. Bélgica*, demandas 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0622JUD003249296; de 17 de septiembre de 2009, caso *Coppola c. Italia* (nº 2), demanda 10249/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0917JUD001024903; y de 20 de septiembre de 2011, caso *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia*, demanda 14902/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD001490204.

[55] Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott, presentadas el 30 de abril de 2015, asunto *Taricco*, C-105/14,

[56] *Corte Costituzionale*, *ordinanza* 24/2017, de 26 de enero de 2017. Este pronunciamiento ha sido analizado desde diferentes disciplinas jurídicas. Por ejemplo, A. BERNARDI, “L’ordinanza *Taricco* della Corte costituzionale alla prova della *pareidòlia*”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, núm. 1/2017, 2017, p. 48 y ss.; A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale. Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara. Ferrara, 24 febbraio 2017*, Jovene editore, Milán, 2017.; M. CAIANIELLO, “Proceso penal e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, núm. 3, 2017, p. 967 y ss.; P. MORI, “La Corte Costituzionale chiede alla Corte di Giustizia di rivedere la sentenza *Taricco*: difesa dei controlimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità en materia penale?”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 100, núm. 2, 2017, p. 407 y ss.

[57] Sobre los contralímites, vid. A. BERNARDI (ed.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa del principi costituzional i*, Jovene editore, Nápoles, 2017; D. A. RUGGERI, “Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti”, e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)”, *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2005, p. 1 y ss.; F. VECCHIO, “Primacía del Derecho Europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, enero-junio 2012, en [https://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/02\\_VECCHIO.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/02_VECCHIO.htm).

[58] R. BIN, “*Taricco*, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 de julio de 2016, p. 1 y ss. En concreto, p. 7.

[59] Fundamento jurídico 2.

[60] Respecto a la naturaleza sustantiva o procesal del instituto de la prescripción, existen autores que consideran que la cuestión no es clara en el Derecho italiano, por lo que no podría motivar la aplicación de la teoría de los contralímites. En este sentido, F. GRISOSTOLO y L. SCARCELLA, “‘Trouble Always Comes in Threes’: The *Taricco* Case Saga and the Italian Limitation Period in VAT Fraud”, *Intertax*, núm. 11, 2017, p. 701 y ss. En concreto, p. 707. Otros, en cambio, opinan que en Italia siempre se ha dado por sentado la naturaleza sustancial de la prescripción tanto en un nivel teórico como práctico. Así, M. CAIANIELLO, “*Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur...: Some considerations on the Taricco judgement and its consequences at national and european level*”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 24, 2016, p. 1 y ss. En concreto, p. 12.

[61] Fundamento jurídico 4. La *Corte Costituzionale* manifiesta que, en este sentido, el régimen es similar al español, citando la sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 63/2005, de 14 de marzo de 2005.

[62] «Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho» (traducción propia).

[63] Fundamento jurídico 4.

[64] Fundamento jurídico 6.

[65] Fundamento jurídico 8.

[66] Fundamento jurídico 8.

[67] S. ROMBOLI, “‘Los contra-límites en serio’ y el caso *Taricco*: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 28, julio-diciembre 2017, en [http://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/06\\_S\\_ROMBOLI.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/06_S_ROMBOLI.htm), apartado 5.

[68] Sentencia de 5 de diciembre de 2017, *Taricco II*, C-42/17, EU:C:2017:564.

[69] La primera se resolvió en la sentencia de 17 de noviembre de 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, C-169/08, EU:C:2009:709, y la segunda en la sentencia de 26 de noviembre de 2014, *Mascolo*, asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401.

[70] Para una visión general de las conclusiones, vid. L. DANIELE, “Il seguito del caso *Taricco*: l’Avvocato generale



Bot non apre al dialogo tra Corti”, *European Papers* , vol. 2, núm. 3, 2017, p. 987 y ss.

[71] Conclusiones de 18 de julio de 2017, *Taricco II* , *op. cit.*

[72] Apartado 141.

[73] Apartado 179.

[74] De esta manera, afirma que «[l]os principios calificados de «fundamentales» se enumeran en sus artículos 1 a 12, por lo que *a priori* el principio de legalidad de los delitos y las penas estaría excluido de estos» (apartado 181). Por otra parte, según la propia *Corte Costituzionale* , los principios «superiores» o «fundamentales» del ordenamiento constitucional son aquellos que lo identifican y representan el «núcleo duro» de la Constitución italiana (apartado 184); se incluirían las garantías constitucionales esenciales, como la democracia o el principio de igualdad, pero no las garantías procesales, por importantes que sean (apartado 185).

[75] Apartado 148.

[76] Apartado 150.

[77] Apartado 154.

[78] Apartado 156.

[79] Apartado 163.

[80] M. BASSINI, O. POLLICINO, “The Opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal”, *Verfassungsblog on matters constitutional* , 2 de agosto de 2017. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/the-opinion-of-advocate-general-bot-in-taricco-ii-seven-deadly-sins-and-a-modest-proposal/>.

[81] Sobre esta sentencia puede verse, además de la bibliografía citada, la siguiente: A. ABUKAR HAYO, “ Sulla linea di confine tra politica e diritto e sul principio di legalità, penale e processuale, a margine del caso Taricco ”, *Archivio penale* , núm. 2/2018, 2018, p. 1 y ss.; R. RAMPIONI, “Sistema delle fonti di diritto e conflitto ermeneutico fra le due Corti”, *Processo penale e giustizia* , núm. 2/2018, 2018, p. 294 y ss.; F. VIGANÒ, “ Legalità “nazionale” e legalità “europea” in materia penale: i difficili equilibristmi della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. (“ Taricco II ”)”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* , núm. 4/2017, 2017, p. 1281 y ss.; G. VITALE, “L'attesa sentenza “Taricco bis”: brevi riflessioni”, *European Papers. European Forum.* , vol. 3, núm. 1, 2018, p. 445 y ss.

[82] Apartado 58.

[83] Según el Abogado General, dicha información no pudo ser tomada en consideración en Taricco I porque no fue introducida en el debate por ninguna de las partes. En efecto, afirma que «sería injusto criticar en exceso al Tribunal de Justicia por esta deficiencia, en la medida en que ni el Tribunale di Cuneo, que es el autor de la primera remisión prejudicial, ni el Gobierno italiano, en sus observaciones escritas y orales formuladas en el marco del asunto que dio lugar a la sentencia Taricco y otros, mencionaron las particularidades relativas a la naturaleza y a las normas que rigen el régimen de la prescripción en el ordenamiento jurídico italiano, que no obstante constituyen el eje central de la remisión prejudicial, particularidades que ahora destaca la *Corte costituzionale* » (apartado 69). Conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 18 de julio de 2017, asunto *Taricco II* , C-42/17, EU:C:2017:564.

[84] Apartado 59.

[85] *Ibidem.*

[86] En el apartado 60 de Taricco II, se afirma que «el Tribunal de Justicia ya ha destacado, en el apartado 53 de la mencionada sentencia, que, debido a la inaplicación de esas disposiciones, podrían imponerse a esas personas sanciones que, con toda probabilidad, habrían evitado si se hubieran aplicado las mencionadas disposiciones. Así, esas personas podrían quedar sujetas retroactivamente a condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción». Vid. A. FACCHINETTI, “The protection of human rights in the European Union by means of judicial dialogue. A comment on the ECJ's preliminary ruling in the Taricco II case”,

[87] Apartado 64.

[88] Para una posición contraria, vid. C. DI FRANCESCO MAESA, “Effectiveness and Primacy of EU Law v. Higher National Protection of Fundamental Rights and National Identity. A Look through the Lens of the Taricco II Judgment”, *Eu crim: the European Criminal Law Associations' forum* , núm. 1, 2018, p. 50 y ss. En concreto, p. 54. En su opinión, el TJUE adopta en Melloni y Taricco II la misma regla, derivándose el diferente resultado de las sentencias de la existencia de distintas situaciones de hecho.

[89] Según Polimeni , no fue difícil para el TJUE ignorar la referencia al art. 4.2 TUE porque la *Corte Costituzionale* no lo mencionó expresamente en sus cuestiones y porque decidió descargar el peso de la argumentación en el papel del juez y el principio de determinación de la ley penal y no en la identidad nacional. S. POLIMENI, “Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l’“evoluzione” dei controlimiti attraverso il “dialogo” tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018”, *Osservatorio Costituzionale* , núm. 2/2018, 20 de junio de 2018, p. 1 y ss. En concreto, pp. 10 y 11.

[90] Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Akerberg Fransson* , *op.cit* .

[91] Apartado 47.

[92] No obstante, el art. 12 de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, impone una armonización parcial de los plazos de prescripción aplicables a los procedimientos penales relacionados con el IVA. Los Estados miembros deben transponer esta directiva antes del 6 de julio de 2019 (art. 17).

[93] Apartado 52 de la sentencia de 8 de septiembre de 2015, *Taricco* , *op . cit .* , y apartados 83 y 167 de las conclusiones de 18 de julio de 2017, *Taricco II* , *op. cit* .

[94] *Corte Costituzionale* , sentencia 115/2018, de 10 de abril de 2018. Con anterioridad al depósito de la sentencia, el 31 de mayo de 2018, la oficina de prensa de la Corte hizo público el sentido del fallo en un comunicado de 10 de abril de 2018.

[95] D. GALLO, “La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto”, *European Papers. European Forum* . , 1 de julio de 2018, p. 1 y ss. En concreto, p. 3.

[96] Fundamento jurídico 7.

[97] *Ibidem*.

[98] Fundamento jurídico 10.

[99] C. AMALFITANO, O. POLLICINO, “Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fi ne della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco”, *Rivista di diritti comparati* , núm. 2/2018, 5 de junio de 2018.

[100] Fundamento jurídico 7.

[101] Fundamento jurídico 8.

[102] De modo similar se pronuncia la sentencia 269/2017, de 14 de diciembre de 2017, de la *Corte Costituzionale* , en la que afirma que, en caso de quiebra de la Constitución y la CDFUE en materia de derechos humanos, los jueces nacionales deben interponer una cuestión de inconstitucionalidad y no una cuestión prejudicial (que podrá ser planteada, en su caso, por el TJUE), circunscribiéndose este último instrumento a los asuntos relacionados estrictamente con el Derecho de la Unión. Cfr., entre otros, A. ANZON DEMMING, “La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei ‘controlimiti’”, *Forum di Quaderni Costituzionali* , 28 de febrero de 2018, p. 1 y ss.

[103] Fundamento jurídico 10.

[104] *Ibidem*. Según Donini, el planteamiento de la *Corte Costituzionale* sobre la naturaleza sustantiva de la prescripción utilizaría una premisa distinta en la sentencia 115/2018 frente a su *Ordinanza* 24/2017: si en esta había afirmado que la prescripción tiene naturaleza sustantiva porque así lo regula el Código Penal, en aquella sienta que la prescripción, por afectar a la punibilidad, pertenece per se al campo de aplicación del art. 25 de la Constitución, por lo que el legislador ordinario estaría obligado a regularlo en el Código Penal. M. DONINI, “Lettura critica di Corte Costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 de julio de 2018, p. 1 y ss. En concreto, p. 10.

[105] La «regla Taricco» carecería así de una precisión ab origine que ningún perfeccionamiento posterior de la jurisprudencia europea podría solventar (apartado 11). Cfr. M. LUIGI FERRANTE, “La sentenza n. 115/2018 con la quale la Corte costituzionale ha posto fine all'affaire Taricco: una decisione ferma ma diplomatica”, *Dirittifondamentali.it*, núm. 2/2018, 5 de julio de 2018, p. 1 y ss. En concreto, p. 24.

[106] Fundamento jurídico 11.

[107] *Ibidem*.

[108] M. DONINI, *op. cit.*, p. 12.

[109] Sin embargo, llama la atención que la sentencia 115/2018, a diferencia de la *Ordinanza* 24/2017, omite toda referencia a la responsabilidad del legislador en una mejor regulación de la prescripción. Así lo denuncia P. FARAGUNA, “Roma locuta, Taricco finita”, *Rivista di diritti comparati*, núm. 2/2018, 5 de junio de 2018.

[110] Fundamento jurídico 11.

[111] La referencia al Derecho de la Unión se refiere, según Gallo (D. GALLO, *op. cit.*, p. 4), al apartado 53 de Taricco II (y, por tanto, el art. 49 CDFUE), que había establecido la necesidad de velar por el respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, para otros autores, como Donini (M. DONINI, *op. cit.*, p. 20), se trata de una mención simplemente táctica, porque la argumentación se fundamenta exclusivamente en el art. 25 de la Constitución.

[112] Entre otros, S. POLIMENI, *op. cit.*, pp. 19, 20 y 22, y M. DONINI, *op. cit.*, p. 7, 10 y 11.

[113] Sobre esta materia, puede consultarse una extensa bibliografía: F. BALAGUER CALLEJÓN, “Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio 2007, en <https://www.ugr.es/~redce/REDCE7/articulos/12franciscobalaguercallejon.htm>; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 235 y ss.; P. RIDOLA, “La justicia constitucional y el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18, julio-diciembre 2012, en [https://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/08\\_RIDOLA.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/08_RIDOLA.htm); E. ROCA TRÍAS, S. GARCÍA COUSO, “¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 529 y ss.; A. SAIZ ARNAIZ, “La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo”, en A. SAIZ ARNAIZ, J. SOLANES MULLOR, J. E. ROA ROA (dir.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 29 y ss.; P. TENORIO SÁNCHEZ, “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013, p. 1 y ss.

[114] Este diálogo entre tribunales puede contribuir a la armonización de los sistemas multinivel de tutela de los derechos fundamentales. En este sentido, G. DE VERGOTTINI, *Il dialogo transnazionale fra le Corti*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2010.

[115] P. FARAGUNA, *op. cit.*

[116] Cupelli considera que, en Taricco II, el TJUE supera la tentación de la “primacía a todo coste” y se esfuerza en comprender las razones constitucionales internas. C. CUPELLI, “La Corte Costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo ‘certo’”, *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 6/2018, p. 227 y ss. En concreto, p. 230.

[117] A. FACCHINETTI, *op. cit.*, pp. 268 y 269. En su opinión, el TJUE reconoce que el deber de inaplicación que conlleva el principio de primacía no es absoluto, sino que ha de ser ponderado y reconciliado con la protección de los

derechos humanos.

[118] Los derechos fundamentales son, precisamente, uno de los motivos por los que no cabe considerar a la UE como una organización internacional. I. PERNICE, “El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”, trad. C. Elías Méndez, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, enero-junio 2012, en [http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17\\_PERNICE.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm), apartado 2.2.

[119] Respecto a las potencialidades de un posible activismo judicial por parte del TJUE, destaca la teoría «Reverse Solange», según la cual se asume la presunción de que los Estados miembros, más allá del campo de aplicación del art. 51.1 CDFUE, son libres de proteger los derechos fundamentales. Ahora bien, si se constatará la existencia de una violación de derechos que atentara al art. 2 TUE, destruida la presunción, el ciudadano europeo podría alegar tal condición ante los órganos judiciales nacionales para solicitar su resarcimiento. A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI y M. SMRKOLJ, “Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States”, *Common Market Law Review*, vol. 49/2, 2012, p. 489 y ss. Esta teoría supone, en definitiva, el reconocimiento de la posibilidad por parte del TJUE de su intervención en el ámbito competencial de los Estados miembros en casos, extremos, de violaciones de los derechos proclamados en la CDFUE por parte de los mismos.

[120] J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, “La saga Taricco. Últimas instantáneas jurisdiccionales sobre la pugna acerca de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 27, 2018, p. 1 y ss. En concreto, p. 20.

[121] En este sentido, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, Milán, 2012. En concreto, pp. 80-81; R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Límites a la construcción de un «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bambersky, de 28 de marzo de 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, 2000, p. 593 y ss. En concreto, pp. 614-615; A. SCHILLACI, “Los derechos fundamentales en la interacción constitucional europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, enero-junio 2012, en [http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/01\\_SCHILLACI.htm#05](http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/01_SCHILLACI.htm#05).