

# LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS FUNDAMENTALES (A PROPÓSITO DEL DIÁLOGO ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO TARICCO)

THE PARTICIPATION OF THE CONSTITUTIONAL COURTS IN THE  
EUROPEAN SYSTEM OF FUNDAMENTAL RIGHTS (THE DIALOGUE  
BETWEEN THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT AND THE  
COURT OF JUSTICE IN THE TARICCO CASE)

IGNACIO GARCÍA VITORIA

.....  
Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.  
Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación «La protección de las libertades  
fundamentales y los derechos fundamentales en el ordenamiento financiero y tributario»,  
con referencia DER2015-65832-P.

Revista Española de Derecho Europeo 67  
Julio – Septiembre 2018  
Págs. 139 – 164

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO TARICCO: UNA VISIÓN EUROCÉNTRICA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. III. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO PASO PREVIO A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL: LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL CENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL EUROPEO. IV. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR LA CORTE CONSTITUCIONAL: UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN. V. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: LA REAFIRMACIÓN EN LA PRIMACÍA Y LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN. VI. LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL N. 269 DE 2017: UNA NUEVA PROTAGONISTA EN ESCENA EN VÍSPERAS DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. VII. M.A.S. Y M.B.: DUDAS DE INTERPRETACIÓN. 1. *Consideraciones generales*. 2. *Una habilitación a los tribunales nacionales para aplicar estándares constitucionales más garantistas*. 3. *Una aplicación razonable de la «situación Akerberg»*. VIII. LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL NÚMERO 115 DE 2018: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA «REGLA TARICCO». IX. CONCLUSIÓN. X. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** La cadena de decisiones del Tribunal de Justicia y de la Corte Constitucional italiana con ocasión del asunto Taricco plantean muchos de los problemas que conlleva la articulación de los sistemas europeo y constitucional de derechos fundamentales. Enmarcada en este contexto más amplio, la Sentencia del Tribunal de Justicia conocida como Tarico II (Sentencia de la Gran Sala de 5 de diciembre de 2017, Procedimiento penal c. M.A.S. Y M.B., C-42/17) apunta hacia una evolución respecto de dos cuestiones concretas: la influencia de las tradiciones constitucionales comunes en la interpretación de la Carta y la posibilidad de que los tribunales nacionales apliquen parámetros constitucionales más exigentes cuando el Estado cuenta con un margen de decisión y no existe una armonización legislativa de tales estándares nacionales (en la senda de la jurisprudencia Akerberg).

**PALABRAS CLAVE:** Primacía del Derecho de la Unión- Derechos fundamentales – Identidad constitucional – Justicia constitucional

**ABSTRACT:** The chained decisions of the Court of Justice and the Italian Constitutional Court on the occasion of the Taricco case raise many of the problems involved in the articulation of the European and constitutional systems of fundamental rights. Framed in this broader context, the Judgment of the Court of Justice known as Taricco II (Grand Chamber, Judgment of 5 December 2017 Criminal proceedings against M.A.S. and M.B., C-42/17) points towards an evolution with respect two specific issues: the influence of common constitutional traditions on the interpretation of the Charter and the ability of national courts to apply more stringent constitutional parameters when the State has a margin of decision and there is no legislative harmonization of such national standards (following the solution in Akerberg Judgment).

**KEYWORDS:** Primacy of the EU Law- Fundamental rights- Constitutional identity – Constitutional justice

Fecha de recepción: 20-6-2018

Fecha de aceptación: 6-7-2018

## I. INTRODUCCIÓN

*Una saga comprimida*<sup>1</sup>. (1) Cientos de caso de fraude fiscal que quedan sin sancionar como consecuencia de una ley interna que limita la interrupción de la prescripción, (2) un tribunal ordinario que cuestiona la contradicción entre esta legislación y el Derecho de la Unión, (3) una primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que obliga a los tribunales nacionales a inaplicar dicha ley por contravenir el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (la Sentencia Taricco I), (4) unos tribunales nacionales encargados de aplicar el Derecho comunitario que plantean una cuestión de inconstitucionalidad contraponiendo las obligaciones del Derecho de la Unión con el nivel más alto de protección del principio de legalidad penal en la Constitución, (5) un tribunal constitucional que plantea una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia pretendiendo que éste rectifique su primera decisión con el argumento de que el principio de legalidad penal forma parte de la identidad constitucional del Estado, (6) un Abogado General

1. El término saga se toma de Juan Ignacio 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. Previamente fue utilizado por la doctrina italiana: Andrea NATALE, «Le tappe della cd. Saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso», *Questione giustizia*, 7 dicembre 2017, [http://questionegiustizia.it/articolo/le-tappe-della-cd\\_saga-taricco-e-alcune-riflessioni-in-ordine-sparso\\_07-12-2017.php](http://questionegiustizia.it/articolo/le-tappe-della-cd_saga-taricco-e-alcune-riflessioni-in-ordine-sparso_07-12-2017.php).

que emite una opinión militante a favor de la primacía del Derecho de la Unión, (7) una importante sentencia del tribunal constitucional que se dicta de forma prácticamente simultánea a la decisión del Tribunal de Justicia y en la que se defiende la prioridad de la cuestión de inconstitucionalidad en materia de derechos fundamentales, (8) la segunda sentencia del Tribunal de Justicia que condiciona la primacía al respeto al principio de legalidad penal y (9) un tribunal constitucional que pretende decir la última palabra erigiéndose en garante de los derechos fundamentales. ¿Continuará?

*La Corte Constitucional y el Tribunal de Justicia en la «encrucijada» de los derechos fundamentales*<sup>2</sup>. En este enmarañado nudo, en el que se trenzan dos sentencias europeas y un auto y dos sentencias del alto tribunal italiano, se acumulan sugerentes problemas constitucionales, como el equilibrio entre la primacía europea y la garantía de los derechos, la relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad, el valor de la Carta de Derechos Fundamentales en el ordenamiento interno, la posibilidad de aplicar la protección constitucional más intensa de los derechos, la posición de los tribunales constitucionales o el alcance de la identidad constitucional como límite a la integración. El camino que discurre del primer al segundo Taricco, y que posteriormente se prolonga hasta la decisión final de la Corte Constitucional, merece una exposición detallada, como ejemplo de los intrincados retos que la atribución de eficacia jurídica a la Carta de Derechos Fundamentales plantea tanto al Tribunal de Justicia como a los tribunales constitucionales. En este sentido, el Tribunal de Justicia acierta al atribuir el conocimiento de las dos cuestiones prejudiciales a la Gran Sala<sup>3</sup>.

*M.A.S. y M.B. (alias Taricco II): ¿un nombre para recordar?* El desenlace, desde la perspectiva europea, ha sido la STJUE de 5 de diciembre de 2017, en el asunto Procedimiento penal c. M.A.S. Y M.B. (C-42/17), más conocida como Taricco II. La Gran Sala ha convenido que los tribunales internos no estarán obligados a inaplicar la norma nacional contraria al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cuando la referida inaplicación implique una violación del principio de legalidad penal. La respuesta que da el Tribunal de Justicia nos suscita dos preguntas. La primera es si la eficacia de las obligaciones comunitarias derivadas del art. 325 TFUE se condiciona al respeto de la versión europea o constitucional del principio de legalidad penal, o a ambas simultáneamente. Trataremos de fundamentar por qué nos parece que la garantía constitucional interna tiene un peso preponderante en el razonamiento del Tribunal de Justicia. Siguiendo con

2. Reutilizamos la expresión empleada por Ricardo ALONSO GARCÍA, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Discurso leído el día 24 de febrero de 2014 en su recepción como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014 y posteriormente asumida por Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA y Santiago RIPOL CARULLA, *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales (Un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones)*, IVAP, Oñati, 2017.
3. Ricardo ALONSO GARCÍA, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, ob.cit., pág. 115, recomendaba que el Tribunal de Justicia sopesara con extremo cuidado la incidencia de su reparto de trabajo entre las Salas y la Gran Sala sobre el diálogo con el juez constitucional.

esta línea, llegamos a una segunda duda sobre la relevancia de la Sentencia: ¿establece reglas nuevas respecto a las situaciones de concurrencia entre la Carta de Derechos Fundamentales y las declaraciones de derechos proclamadas por las Constituciones nacionales o es simplemente un caso de aplicación de la jurisprudencia previa?. Nos referimos obviamente a las Sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, en los casos Melloni (C-399/11) y Akerberg (C-617/10). Nos parece, como trataremos de explicar, que Taricco II es una aplicación razonable del precedente que sentó la Sentencia Akerberg.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO TARICCO: UNA VISIÓN EUROCÉNTRICA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES<sup>4</sup>

*La contradicción entre las normas sobre prescripción y la protección de los intereses financieros de la Unión.* La Sentencia que analizamos es continuación de la STJUE de 8 de septiembre de 2015, Taricco (C 105/14). En aquella ocasión, el Tribunal de Justicia declaró que algunas disposiciones del Código Penal sobre prescripción eran contrarias al art. 325 TFUE, que obliga a los Estados a combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión. En concreto, el precepto del Código Penal italiano que establecía que «la interrupción de la prescripción no podrá dar lugar en ningún caso a una ampliación del plazo de prescripción de más de una cuarta parte de la duración máxima que tenga prevista». La duración excesiva de los procesos penales hacía que frecuentemente se sobrepasara este límite temporal y dejara de operar la interrupción de la prescripción, por lo que quedaban sin sancionar fraudes en materia de IVA.

*La «regla Taricco».* El Tribunal de Justicia declaró además que correspondía a los tribunales nacionales garantizar la plena eficacia del artículo 325 TFUE, dejando si era preciso sin aplicación las disposiciones del Derecho nacional que impidieran al Estado cumplir las obligaciones que derivan del Tratado. La «regla Taricco» consiste en la obligación de inaplicar los límites a la interrupción de la prescripción previstos por el Código Penal italiano siempre que «impidan imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión». Es el resultado de la primacía y la eficacia directa del art. 325 TFUE.

*El limitado alcance del principio europeo de legalidad penal.* En Taricco se planteó el problema de la posible vulneración del principio de legalidad penal como consecuencia de la sanción de conductas que antes se consideraban prescritas en virtud de la norma italiana, ahora declarada contraria al art. 325 TFUE. Pero el análisis se hizo exclusivamente desde la perspectiva de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia consideró que el art. 49 de la Carta no se aplicaba a las normas sobre prescripción, por no ser normas penales sino procesales. Se circunscribía el principio

---

4. Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «La saga Taricco. Últimas instantáneas jurisdiccionales sobre la pugna acerca de los Derechos fundamentales en la Unión Europea», ob.cit., págs. 5-8, bajo el título «una visión iusfundamental con exclusividad en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión».

de legalidad penal a la tipificación de la conducta penal y a la previsión de la sanción correspondiente (párrafos 55 a 57). La Sentencia se apoyó en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que se había declarado que la prórroga del plazo de prescripción y su aplicación inmediata no vulneraba el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según las conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott (30 de abril de 2015), con arreglo al «principio de homogeneidad» (art. 52.3 de la Carta), el Tribunal de Justicia debía interpretar los derechos reconocidos en la Carta atendiendo al Convenio y a la jurisprudencia de Estrasburgo. Silencio respecto a las tradiciones constitucionales comunes.

### III. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO PASO PREVIO A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL: LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL CENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL EUROPEO

*La cuestión de inconstitucionalidad que origina Taricco II.* El segundo episodio se inició porque dos tribunales italianos, uno de ellos el Tribunal Supremo de Casación, que estaban ante la obligación de inaplicar este límite a la interrupción de la prescripción, plantearon una cuestión de inconstitucionalidad. Es significativo de las diferencias entre los sistemas italiano y español que el caso Taricco II llegara a la Corte Constitucional italiana a través de una cuestión de inconstitucionalidad, mientras que el Tribunal Constitucional español conociera del asunto Melloni mediante un recurso de amparo.

*La prioridad en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.* También es reseñable que los tribunales ordinarios decidieran plantear una cuestión de inconstitucionalidad, lo que reforzó la posición de la Corte Constitucional, en lugar de optar por inaplicar directamente la norma italiana o plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. No se materializó, al menos en esta ocasión, el peligro de la postergación del tribunal constitucional a través del «control de europeidad». Que no haya sido así en esta ocasión, no significa que no sea fundado el temor de que las instancias judiciales ordinarias pueden utilizar sus potestades de inaplicación del Derecho interno y el mecanismo de la cuestión prejudicial para desplazar la jurisprudencia constitucional<sup>5</sup>.

*La sujeción de la prescripción penal al principio de legalidad en el ordenamiento italiano.* En el proceso *a quo* se juzgaban infracciones graves anteriores a la publicación de la Sentencia Taricco, que habrían prescrito si fuesen aplicables las disposiciones del Código Penal controvertidas, mientras que, siguiendo la «regla Taricco», los procedimientos pendientes podrían desembocar en una condena. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se basó en que la inaplicación de la norma sobre prescripción podría menoscabar la norma constitucional que consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas. La cuestión de inconstitucionalidad ponía de manifiesto que el estándar

5. Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA y Santiago RIPOL CARULLA, *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales*, ob.cit., pág. 160, en el epígrafe titulado: «El peligro que acecha: la postergación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a través del control de europeidad de las resoluciones judiciales».

nacional sobre esta materia era superior al europeo. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional italiana, el régimen de la prescripción penal tiene carácter material y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación del principio de legalidad, previsto en el artículo 25 de la Constitución italiana.

#### IV. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR LA CORTE CONSTITUCIONAL: UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN

*La pregunta.* Con estos antecedentes, la Corte Constitucional planteó una cuestión prejudicial, mediante el Auto (*Ordinanza*) No 24, de 26 de enero de 2017<sup>6</sup>. Aunque en realidad la Corte Constitucional formuló tres preguntas, podemos resumirlas diciendo que el interrogante principal era si la obligación del órgano de la jurisdicción penal de abstenerse de aplicar una normativa nacional en materia de prescripción se mantiene cuando pueda suponer una violación del principio de legalidad penal. La Corte Constitucional enfatizó la relevancia constitucional del asunto conminando al Tribunal de Justicia a aclarar si la respuesta sería la misma «incluso cuando la no aplicación sea contraria a los principios superiores del ordenamiento constitucional del Estado miembro o a los derechos inalienables de la persona reconocidos por la Constitución del Estado miembro».

*El margen de apreciación del Estado respecto al carácter sustantivo de la prescripción.* El punto de partida del razonamiento de la Corte fue que la decisión sobre el carácter sustantivo o procesal de la prescripción penal corresponde al ámbito de decisión del Estado, por lo que el ordenamiento italiano puede continuar manteniendo la primera tesis. La Corte destacó que el Derecho de la Unión no impone ninguna exigencia de uniformidad al respecto y citó la jurisprudencia española para justificar que la caracterización sustantiva de la prescripción era compartida por otros Estados. Se utilizó como referencia la STC 63/2005, de 14 de marzo. Un ejemplo conflictivo<sup>7</sup>. La Corte Constitucional fue incluso más allá y planteó que el Derecho europeo, en sentido amplio, no solo permite que cada Estado mantenga posiciones diferentes respecto al alcance de las normas penales, sino que a veces, la caracterización interna es tenida en cuenta para valorar el cumplimiento del art. 7 del Convenio Europeo. Citó la STEDH Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013, que también veremos referenciada posteriormente en las Conclusiones del Abogado General en el caso Scialdone.

6. El texto del Auto y un amplio listado de bibliografía italiana comentándolo puede consultarse en <http://www.giurcost.org/decisioni/2017/00240-17.html>. En español, Silvia ROMBOLI «“Los contra-límites en serio” y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al deálogo de la Corte Constitucional italiana», *ReDCE* núm. 28, Junio-Diciembre de 2017.
7. Como muestra de la controversia sobre el carácter procesal o sustantivo de la prescripción penal en el Derecho español y las críticas suscitadas por la STC 63/2005, puede verse José Manuel CHOZAS ALONSO, «¿Cuándo se interrumpe la prescripción en el ámbito procesal penal?: un nuevo enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, N.º 2, 2005, págs. 201-248.

*La contradicción de la obligación impuesta a los jueces italianos y el principio de legalidad.* La Corte también argumentó de forma convincente la contradicción entre la solución adoptada en Taricco I y el principio de legalidad. Tuvo la habilidad de no volver sobre el tema de la retroactividad de las normas penales (*lex previa*), en el que parecía haberse centrado el Tribunal de Justicia, y abrir una nueva vía de análisis, basada en el problema de la falta de precisión de la norma (*lex certa*). Descubió en la seguridad jurídica el talón de Aquiles de Taricco I. La Sentencia del Tribunal de Justicia obligaba a inaplicar los límites a la prescripción siempre que dichas disposiciones impidieran sancionar de manera efectiva «un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión». La absoluta indeterminación del adjetivo «considerable» proyectaba un nivel elevado de discrecionalidad e incertidumbre sobre la decisión de los tribunales nacionales.

*Diferenciándose de Melloni.* La Corte también se preocupó por marcar la diferencia con la Sentencia Melloni, lo que supondría una cierta aceptación tácita de las reglas fijadas por el Tribunal de Justicia en este caso y en Akerberg. Primero, la Corte destacó que los Estados miembros habían alcanzado en el seno del Consejo un consenso sobre los derechos de las personas condenadas en ausencia. Había una regulación europea que uniformizaba las condiciones en las que eran posibles este tipo de condenas. Algo que no sucedería en la legislación comunitaria sobre el IVA. Segundo, argumentó que en Melloni, la aplicación del estándar nacional ponía en cuestión el principio de reconocimiento mutuo, mientras que en esta nueva ocasión no se discutía el deber de perseguir los casos de fraude y se aceptaba que debía modificarse la legislación italiana sobre los plazos de prescripción, tan solo se planteaba un impedimento de naturaleza constitucional a la aplicación directa por parte del juez de la regla comunitaria.

*La interpretación finalista del principio de primacía.* Posiblemente la parte más llamativa del Auto sea aquella en la que Corte Constitucional defendió con solvencia una interpretación finalista del principio de primacía del Derecho de la Unión. Explicó cómo este principio no constituye una simple articulación técnica («*una mera articolazione tecnica*») del sistema de fuentes nacional y europeo, sino que responde a una razón política esencial. Expresó el convencimiento de que la unidad, como garantía de la paz y la justicia entre las Naciones, justifica la renuncia por parte del Estado a espacios de soberanía. Una cesión fundamentada en la propia Constitución (art. 11 de la Constitución italiana) y que se hace dentro de un marco de valores, entre los que la Corte destacó el pluralismo (art. 2 TUE). La Corte dedujo de este marco político que la legitimidad y la fuerza de la unidad, y por lo tanto del principio de primacía, nacen de la capacidad de aceptar un nivel de diversidad mínimo que garantice el respeto a «la identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos» (art. 4.2 TUE). En caso contrario, advirtió la Corte, se disuelve el fundamento constitucional de los Tratados. Concluyó con una regla que tiene un gran potencial como criterio de interpretación: la interpretación que haga el Tribunal de Justicia del Derecho de la Unión con la finalidad de conseguir su aplicación uniforme no puede imponer al Estado la renuncia de los principios supremos de su ordenamiento constitucional.

*La colaboración entre las dos Cortes en la determinación de la identidad constitucional.* Conjugando esta interpretación de la primacía con el principio de cooperación leal entre la Unión y los Estados, la Corte defendió un determinado reparto de tareas con el Tribunal de Justicia en la determinación de la identidad constitucional. Propuso que correspondiera al Tribunal de Justicia la tarea de definir el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y el significado de sus normas, mientras que los tribunales constitucionales de cada Estado valoren si la norma comunitaria respeta los principios supremos del ordenamiento constitucional y cuáles de estos principios forman parte de su identidad constitucional. La Corte ejerce esta competencia, que pretende de carácter exclusivo, incluyendo la cuestión concreta de la aplicación del principio de legalidad penal a las normas sobre prescripción dentro del núcleo irrenunciable de la identidad constitucional. Una definición expansiva del concepto de identidad nacional que, como veremos más adelante, se cuestiona en las conclusiones del Abogado General.

*Una seria advertencia formulada en un momento delicado.* El reenvío de la cuestión prejudicial se produjo un mes después de que el Tribunal Supremo de Dinamarca hubiera declarado en el caso Ajos, de 6 de diciembre de 2016, que la Constitución le impedía inaplicar una ley nacional que negaba una indemnización por despido, norma que el Tribunal de Justicia había considerado contraria a la prohibición de discriminación por razón de edad<sup>8</sup>. La norma danesa privaba de este derecho a la protección por desempleo a los trabajadores que estuvieran en condiciones de obtener una pensión de jubilación. La decisión del Tribunal Supremo supuso incumplir la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2016 en el asunto Dansk Industri (441/14). No se trata de un conflicto entre catálogos de derechos fundamentales, sino entre el principio comunitario de no discriminación por razón de edad y el principio de protección de la confianza legítima.

## V. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL: LA REAFIRMACIÓN EN LA PRIMACÍA Y LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN

*Las normas sobre prescripción no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio europeo de legalidad penal.* Las Conclusiones del Abogado General Ives Bot, de 18 de julio de 2017, son otro hito importante del caso. El Abogado General asumió la posición de la Sentencia Taricco I de que el art. 49 de la Carta no es aplicable a las normas sobre los plazos de prescripción, ni desde el punto de vista de la retroactividad ni de la previsibilidad de la ley. Razonó basándose exclusivamente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La doctrina ha discrepado de la forma en que la Sentencia Taricco I y las Conclusiones del Abogado General utilizaron el art. 52 de la Carta en cuanto al valor interpretativo de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Se ha sostenido que el Tribunal de Justicia y el Abogado General no han entendido que el valor interpretativo del Convenio Europeo es «una regla de *minimis* que no supone un encorsetamiento ni impide mejoras» respecto a la protección del art. 7 CEDH. De esta forma, la calificación

8. Decisión comentada por Helle KRUNKE, Sune KLINGE «Dinamarca y el “Caso Ajos”: lo que se perdió en Maastricht y Lisboa», Teoría y realidad constitucional, núm. 41, 2018, págs. 381-406.

jurídica de la prescripción que haga Estrasburgo no impide al Tribunal de Justicia atribuir esta decisión a los ordenamientos penales nacionales<sup>9</sup>.

*El «efecto perverso de la prescripción».* El Abogado General trató de justificar que esta exclusión de las normas sobre prescripción del ámbito de aplicación del principio de legalidad responde a la necesidad de poner coto a la impunidad. La impunidad, en este caso, de los delitos contra la hacienda europea, pero también potencialmente de las violaciones graves de derechos fundamentales. El Abogado General ejemplificó los efectos perversos de la prescripción en la STEDH Cestaro contra Italia, de 7 de abril de 2015, en la que se enjuiciaron denuncias de torturas policiales a manifestantes de la cumbre del G8 en Génova. El Abogado General se apoyó en la parte de la Sentencia de Estrasburgo en la que se declaró que el mecanismo de la prescripción establecido en el Código Penal italiano era inadecuado para prevenir los actos de tortura y castigar a los responsables. El Abogado General destacó que el Tribunal Europeo puso de manifiesto la existencia de un «problema estructural» e instó a la República Italiana a dotarse de los instrumentos jurídicos idóneos para sancionar de manera adecuada a los responsables de estas violaciones (párrafos 58 y 59 de las Conclusiones del Abogado General, refiriéndose a los párrafos 225 y 246 de la Sentencia Cestaro).

*La aplicación de la doctrina Melloni.* El Abogado General aconsejaba repetir que el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales no permite a las autoridades judiciales de un Estado miembro oponerse al cumplimiento de la obligación establecida por el Derecho comunitario, con el pretexto de que dicha obligación no respeta el estándar de protección más alto de los derechos fundamentales garantizado por la Constitución de dicho Estado. Parecía que estábamos en presencia de un recordatorio de la Sentencia Melloni, donde la aplicación del estándar nacional de los derechos queda excluida por el efecto negativo sobre «la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión». La posición del Abogado General, que también había sido el autor de las Conclusiones del caso Melloni, presagiaba una nueva dosis de primacía y efectividad del Derecho de la Unión Europea, confirmando el desplazamiento de los estándares constitucionales sobre derechos.

*El valor absoluto de la efectividad del Derecho de la Unión.* En las Conclusiones se admitió una diferencia con Melloni, que nos parece esencial: «Es cierto que actualmente no existe una definición común a nivel de la Unión del alcance que debe tener el principio de legalidad de los delitos y las penas ni del grado de protección que, en este contexto, debe concederse a la persona investigada en lo referente a la aplicación de normas de prescripción». En consecuencia el Abogado General aceptó que «los Estados miembros gozan, en principio, de un mayor margen de actuación para aplicar un estándar de protección más elevado» (párrafo 163). Pero extendió a este tipo de casos, donde no hay una armonización del estándar iusfundamental, la misma condición de que se garantice la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión. En este caso, consideró, de manera

9. Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Derechos fundamentales y primacía del Derecho de la Unión Europea», *Diario La Ley*, No 9107, Sección Tribuna, 27 de Diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

asertiva, que la impunidad «compromete la efectividad del Derecho de la Unión» (párrafo 167). Las Conclusiones del Abogado General asumen, sin motivación suficiente, «una visión radical» sobre la incorporación nacional de los estándares europeos<sup>10</sup>. Estamos de acuerdo en que se margina, sin explicación convincente, una interpretación del art. 53 de la Carta que permitiría realzar el valor de los estándares internos de garantía de los derechos y el papel de los Tribunales Constitucionales nacionales<sup>11</sup>.

*Una interpretación restrictiva de la identidad constitucional.* También merece ser reseñada la posición del Abogado General en relación con el respeto a la identidad constitucional. Sostuvo que tal identidad constitucional no incluye la aplicación del principio de legalidad penal a las normas sobre prescripción. Admitió que la jurisprudencia constitucional es competente para establecer el alcance y el rango que tiene un principio en el ordenamiento constitucional italiano (párrafo 182). No serían necesariamente solo los principios calificados de «fundamentales» y que se enumeran en los artículos 1 a 12 de la Constitución italiana. La protección puede extenderse al principio de legalidad de los delitos y las penas, previsto en el art. 25. Sin embargo, el Abogado General consideró que la Corte Constitucional no podía realizar esta calificación de manera discrecional, sino que estaría vinculada por sus precedentes. Subrayó que la Corte Constitucional había afirmado en el pasado que únicamente el «núcleo duro» de un principio fundamental actuaría como «contra-límite» a la integración, «excluyendo las diferentes instituciones jurídicas en las que este derecho puede manifestarse concretamente y evolucionar a lo largo de la historia y en función de las exigencias de esta última» (párrafo 182). En otras palabras, se apeló a la existencia de diferentes círculos dentro del contenido de los derechos fundamentales, para destacar que el carácter sustantivo de la prescripción penal respondería a la actual configuración de la institución en el Código Penal. En segundo lugar, el Abogado General consideró que la posición de la Corte Constitucional en Taricco II resultaba contradictoria con las observaciones presentadas por Italia en el asunto Gauweiler, donde se excluían las garantías procesales, «por importantes que éstas sean», del procedimiento denominado de los «contra-límites» (párrafo 185). Una tesis que sería preciso matizar mucho, porque parece muy discutible trazar una línea divisoria entre derechos sustantivos y procesales.

## VI. LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL N. 269 DE 2017: UNA NUEVA PROTAGONISTA EN ESCENA EN VÍSPERAS DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

*Dos Sentencias sincronizadas.* La decisión del Tribunal de Justicia coincidió en el tiempo con un nuevo movimiento de la Corte Constitucional. Nos referimos a la muy relevante Sentencia n. 269, de 7 de noviembre de 2017, que abordó el valor jurídico de la Carta en el Derecho italiano y el orden en la interposición de las cuestiones de

10. Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «La saga Taricco. Últimas instantáneas jurisdiccionales sobre la pugna acerca de los Derechos fundamentales en la Unión Europea», ob. cit., pág. 13.

11. Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Derechos fundamentales y primacía del Derecho de la Unión Europea», ob.cit.

inconstitucionalidad ante la Corte y prejudicial ante el Tribunal de Justicia<sup>12</sup>. Debe aclararse que la decisión de la Corte fue anterior a la Sentencia del Tribunal de Justicia, pero la publicación fue posterior (fue publicada en la Gaceta Oficial el 20 de diciembre) y se cita expresamente la Sentencia M.A.S. y M.B. (mencionando incluso la fecha de 5 de diciembre).

*El asunto es parcialmente distinto.* La Corte Constitucional enjuiciaba una norma que establecía un tributo dirigido a financiar la Autoridad Garante de la Concurrencia y del Mercado y que estaban obligados a pagar las empresas que facturasen más de 50 millones de euros. Se discutía si la norma contravenía, por una parte, las libertades comunitarias de establecimiento y prestación de servicios; y, por otra, los principios constitucionales de igualdad y capacidad económica. Ante la doble duda sobre la compatibilidad de la ley sobre la defensa de la competencia con el Derecho de la Unión y con la Constitución, se planteó la pregunta de cuál debía resolverse primero.

*La preferencia de la cuestión prejudicial como regla general.* La Sentencia recapituló la jurisprudencia constitucional previa. Debe recordarse que en el ordenamiento italiano, a diferencia que en España, las normas comunitarias integran el parámetro de control de la legislación estatal y regional, de acuerdo con el art. 117 de la Constitución. La regla general respecto del planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad basadas en la contradicción de una ley con el Derecho de la Unión se dividió en dos supuestos, dependiendo de que la norma europea con la que entrara en contradicción la ley nacional estuviera dotada de efecto directo o no:

- Si el conflicto se produce con una norma comunitaria con eficacia directa, corresponde al juez nacional analizar primero la adecuación de la norma nacional al Derecho de la Unión. Debe despejar primero esta duda, planteando si fuera el caso una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Solo después de resolver esta cuestión, podría el tribunal nacional dirigirse al Tribunal Constitucional. La contradicción con el Derecho comunitario determina la inaplicabilidad de la norma interna y, en esas circunstancias, la cuestión de inconstitucionalidad carece de relevancia para la resolución del proceso *a quo*. La adecuación al Derecho de la Unión resulta decisiva en el juicio de relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad. La aplicabilidad de la norma interna forma parte esencial del juicio de relevancia. Sin resolver previamente la cuestión relativa al Derecho comunitario, procede inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad.
- Si la colisión se produce entre una ley interna y una norma europea carente de eficacia directa, la solución cambia. La Corte Constitucional exige que la contradicción sea cierta, constatada eventualmente por el Tribunal de Justicia, y que no pueda resolverse mediante una interpretación de la norma interna de conformidad con el Derecho de la Unión. Procede entonces dar prioridad a la cuestión de inconstitucionalidad para que la Corte Constitucional anule la ley incompatible con el Derecho comunitario.

12. El texto de la Sentencia y un amplio listado de bibliografía italiana puede consultarse en <http://www.giurcost.org/decisioni/2017/0269s-17.html>

*Una regla especial en materia de derechos fundamentales: la preferencia de la cuestión de inconstitucionalidad.* Lo importante es que la Sentencia añadió una regla especial («*precisazione*») para los casos en los que una norma o actuación infrinjan simultáneamente la Constitución y la Carta de Derechos Fundamentales. La Sentencia estableció la obligación de los tribunales ordinarios de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Debe recordarse que la aplicación de la regla general, antes expuesta, habría supuesto que los jueces ordinarios deberían haber resuelto primero por sí mismos, sin promover la cuestión de inconstitucionalidad, cualquier alegación sobre la contradicción entre la ley italiana y los derechos directamente aplicables de la Carta, no los principios que necesitan desarrollo legislativo. La Sentencia modificó este punto de su jurisprudencia previa y estableció la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, permitiendo a la Corte intervenir con eficacia «*erga omnes*», juzgando el caso desde el doble parámetro, constitucional y europeo<sup>13</sup>.

*Una declaración pensando en el pasado y en el futuro.* El anuncio del deber de plantear la cuestión de inconstitucionalidad estaba desconectado del caso concreto, donde era aplicable la regla general, consistente en el previo planteamiento de la cuestión prejudicial, porque no se había invocado la lesión de la Carta, sino de las libertades de circulación de los ats. 49 y 56 TFUE. La Sentencia tiene cierto aire retrospectivo, por cuanto confirma como correcta la actuación de los tribunales ordinarios en Taricco II, donde los órganos judiciales acudieron con carácter previo a la cuestión de inconstitucionalidad, en lugar de inaplicar directamente la norma italiana que limitaba la prescripción o haber planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Al mismo tiempo, es una declaración preventiva, que está preparando el terreno para la próxima ocasión en la que se plantee una doble violación de la Constitución y de la Carta.

*La especial posición de la Carta en el ordenamiento interno: su incorporación parámetro de constitucionalidad.* La regla especial se basa en que la Carta, por su contenido materialmente constitucional, se sitúa en una posición diferente a otras disposiciones de los Tratados. La Sentencia avanzó en la incorporación de la Carta al parámetro de control, invocando como referencia de autoridad la Sentencia del Tribunal Constitucional austriaco, de 14 de marzo de 2012<sup>14</sup>. Lo hizo de forma genérica, sin detenerse a explicar las enseñanzas que se deducen del ejemplo austriaco.

*La máxima garantía de los derechos fundamentales.* La justificación de la regla especial reside en la exigencia constitucional de proteger los derechos fundamentales, desde una visión sistemática y con independencia del texto legal en el que se reconozcan. La Corte

13. En palabras de la propia Corte: «*alla luce dei parametri interni ed eventualmente dei quelli europei (ex art. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato*».

14. La Sentencia del Tribunal Constitucional austriaco ha sido comentada por Xavier ARZOZ SANTISTEBAN, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015, págs. 53-58; y Pedro CRUZ VILLALÓN, «El valor de posición de la carta de derechos fundamentales en la comunión constitucional europea», *Teoría y realidad constitucional*, N.º 39, 2017 (Ejemplar dedicado a: Monográfico: El TJUE como actor de constitucionalidad), págs. 85-101.

Constitucional resaltó la necesidad de un marco de cooperación leal y constructiva entre los diversos sistemas de garantía, en el que los tribunales constitucionales promuevan el diálogo con el Tribunal de Justicia, con el objetivo de asegurar la máxima salvaguardia de los derechos a nivel sistémico («a livello sistemico»). Para alcanzar esta maximización de la protección de los derechos en una situación de concurrencia de derechos, la Corte pretende influir en la interpretación de dos disposiciones clave de la Carta. Primero, la Sentencia destacó la necesidad de tener más presente el art. 52.4 de la Carta, en el sentido de que los derechos de la Carta se interpreten conforme a las tradiciones constitucionales («siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali»). Segundo, la Corte mencionó el art. 53, que permite la aplicación del estándar nacional que confiera un nivel de protección más elevado.

*La aparente adecuación a la jurisprudencia comunitaria.* La obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad se enuncia en términos muy cautelosos respecto de la concurrencia con la cuestión prejudicial. Lo que la Sentencia denomina como «*doppia pregiudizialità*». La Sentencia dejó abierta la posibilidad de que el tribunal ordinario plantee al mismo tiempo o después la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. La Corte se fijó en las condiciones impuestas por el Tribunal de Justicia en la Sentencia Melki y Abdeli, de 22 de junio de 2010 (C-188/10 y C-189/10), para matizar que el deber de plantear la cuestión de inconstitucionalidad no impide el reenvío al Tribunal de Justicia de la cuestión prejudicial<sup>15</sup>.

## VII. M.A.S. Y M.B.: DUDAS DE INTERPRETACIÓN

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

*Continuidad respecto al art. 325 TFUE.* La Sentencia combina elementos de continuidad y de cambio. En cuanto a lo primero, se mantiene que el art. 325 TFUE supone que los Estados tienen el deber de combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión, mediante acciones penales en los casos más graves. Se destaca la obligación del legislador de establecer reglas de prescripción que permitan cumplir con las obligaciones que resultan del citado precepto, «a la luz de las consideraciones expuestas» en Taricco I (párrafos 41 y 61).

*Cambios: la ponderación entre la eficacia directa y el principio de legalidad.* El cambio principal está en que se admite que los tribunales nacionales ponderen la primacía y la

15. La Corte Constitucional cita textualmente esta Sentencia para respaldar la idea de que el Derecho de la Unión no impide atribuir carácter prioritario a la cuestión de inconstitucionalidad, si los jueces ordinarios «siguen estando facultados-para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad,-para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y-para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión».

eficacia directa de las obligaciones del art. 325 TFUE con los derechos fundamentales. Como ya hemos adelantado, la Sentencia acepta que los tribunales ordinarios tengan en cuenta el principio de legalidad penal para valorar si dejan de aplicar los límites temporales a la prescripción previstos en la legislación italiana y que son contrarios al art. 325 TFUE. La Sentencia también adopta un enfoque más amplio del principio de legalidad penal. No se preocupa solo de la aplicación retroactiva de nuevos plazos de prescripción, sino que pone el foco en la exigencia de una base legal suficientemente precisa para la imputación de un delito.

*Se ha conseguido sortear la espinosa cuestión de la identidad constitucional.* Se ha evitado el conflicto con la Corte Constitucional, condicionando la primacía del Derecho de la Unión al respeto de los derechos fundamentales. Esto ha supuesto que la Sentencia no haya entrado en la cuestión del respeto a la identidad constitucional y que no se haya producido una respuesta por parte de la Corte Constitucional en la línea de afirmar los límites constitucionales a la primacía del Derecho de la Unión.

## 2. UNA HABILITACIÓN A LOS TRIBUNALES NACIONALES PARA APLICAR ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES MÁS GARANTISTAS

*¿Qué principio de legalidad se toma como parámetro: el europeo o el nacional?* La argumentación de la Sentencia Taricco II es ambigua respecto a cuál es el principio de legalidad que determina la excepción de la obligación por parte de los tribunales italianos de dejar de aplicar la norma interna que limita la prescripción<sup>16</sup>. La Sentencia exime de inaplicar la norma interna cuando implique una violación del principio de legalidad penal. ¿Pero a qué principio de legalidad se está refiriendo? La doctrina ha realizado dos lecturas muy distintas, discrepando sobre si el papel determinante corresponde al estándar europeo, previsto en el art. 49 de la Carta, o al estándar nacional, basado en el art. 25 de la Constitución italiana. No se trata de una conseja bizantina, como en el poema de Max Aub, sobre si la playa es orilla de la mar o de la tierra. Cambia el sentido que pueda darse a la Sentencia en el futuro<sup>17</sup>.

*La tesis del estándar europeo: el art. 49 de la Carta.* Según la primera alternativa, la inaplicación de la norma interna sería contraria al propio Derecho de la Unión. En concreto, al art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales, que ya había sido examinado en Taricco I.

*Las referencias a las fuentes de interpretación de la Carta.* Los puntales de esta teoría son que la Sentencia alude a las Explicaciones sobre la Carta y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el principio de legalidad penal (párrafos 52, 54, 56 y 57).

16. La debilidad de la argumentación del Tribunal de Justicia ha sido destacada por Dana BURCHARDT, «Belittling the Primacy of EU Law in Taricco II», *VerfassungBlog*, 7 diciembre 2017, <https://verfassungsblog.de/belittling-the-primacy-of-eu-law-in-taricco-ii/>

17. Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «La saga Taricco», ob.cit., págs. 23-25, explica las dos opciones entre las que parece moverse la Sentencia y las consecuencias teóricas de cada una.

También a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (párrafo 55) y a las tradiciones constitucionales comunes (párrafo 53), que son las fuentes en las que se basa la interpretación de la Carta.

*La «obligación» de los jueces nacionales de aplicar las disposiciones nacionales contrarias al art. 325 TFUE.* La ambigüedad del razonamiento seguido por la Sentencia lleva a la doctrina a escrutar cada palabra. Se ha defendido que la Sentencia se basa en la versión europea del principio de legalidad fijándose en las siguientes frases: «los requisitos mencionados en el apartado 58 de la presente sentencia suponen un obstáculo a que (...) el juez nacional no aplique las disposiciones del Código Penal controvertidas» (párrafo 60); y «Si 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» (párrafo 61). Se fija la atención en la palabra «obstáculo» y en el grupo verbal «no debería cumplir dicha obligación» para subrayar la diferencia en la estructura de la norma entre lo que sería un permiso y una obligación. Se argumenta que la doctrina Melloni simplemente permitiría a los jueces no aplicar los límites a la prescripción en presencia de estándares iusfundamentales nacionales más elevados, pero no supondría una obligación, al menos desde la perspectiva del Tribunal de Justicia<sup>18</sup>. No nos parece que el análisis gramatical de una Sentencia tan escurridiza como Taricco II sea la mejor forma de obtener información. Es como patear en medio de arenas movedizas. El uso de los términos no parece absolutamente preciso y lo que en un párrafo se presenta como un obstáculo, en el siguiente se transforma en una obligación y en el anterior es una norma de permiso: «el juez nacional no está obligado a dejar sin aplicación las disposiciones del Código Penal controvertidas» (párrafo 59).

*Consecuencia: una sentencia sobre la interpretación de la garantía europea del principio de legalidad.* De acuerdo con esta interpretación de la Sentencia, Taricco II abriría una puerta para que el Tribunal de Justicia reconsiderara su doctrina sobre el principio europeo de legalidad penal. Una oportunidad para matizar el carácter procesal de las normas sobre prescripción y su desconexión con el principio de legalidad penal. También para relacionar el art. 49 de la Carta con las consecuencias en el ámbito penal del principio general de seguridad jurídica, reforzando de este modo las exigencias de precisión y previsibilidad de la norma sancionadora respecto de las obligaciones del art. 325 TFUE. Taricco II sería importante para la relación entre el art. 325 TFUE y el art. 49 de la Carta.

*La relación con el asunto Scialdone y con la Sentencia Del Río Prada.* La Sentencia Taricco II formaría parte de un conjunto de casos sobre sanciones penales en relación con el fraude del IVA. Se ha relacionado, por ejemplo, con las Conclusiones del Abogado General Michal Bobek, de 13 de julio de 2017, en el asunto Scialdone (C-574/15), formuladas

18. Michal KRAJEWSKI, «Conditional' primacy of EU Law and its deliberative value: an imperfect illustration from Taricco II», *European Law Blog*, 18 de diciembre de 2017, <http://europeanlawblog.eu/2017/12/18/conditional-primacy-of-eu-law-and-its-deliberative-value-an-imperfect-illustration-from-taricco-ii/>

justo cinco días antes a las de Yves Bot en el asunto que nos ocupa<sup>19</sup>. El asunto Scialdone tiene también como objeto la eventual contradicción de otra norma italiana con la obligación de sancionar penalmente los fraudes fiscales que perjudiquen los intereses de la Unión. Pero la norma interna es distinta: se trata de una reforma de la normativa italiana que había elevado significativamente el umbral a partir del cual la falta de pago del IVA se considera infracción penal. La modificación se produjo mientras se tramitaba el proceso penal contra Scialdone. A raíz de la entrada en vigor de la nueva legislación, el comportamiento de Mauro Scialdone dejó de ser punible sobre la base del principio de aplicación retroactiva de la pena más favorable, porque el importe del IVA cuyo pago no satisfizo era inferior al nuevo umbral. El Abogado General plantea que, ante la hipótesis de que la modificación legislativa sea declarada contraria al art. 325 TFUE, deben modularse los efectos de tal incompatibilidad de acuerdo con los principios de legalidad y seguridad jurídica. Sugiere una concepción más amplia del art. 49 de la Carta y en este sentido señala que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es clara respecto al ámbito de aplicación del art. 7 CEDH. En particular, recuerda que la STEDH Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013, ha realizado una interpretación flexible del concepto de «sanción», para proyectar la garantía del art. 7 CEDH sobre las medidas relativas a la aplicación o ejecución de la pena, basándose «en la naturaleza y en la finalidad de la medida, en su calificación en Derecho nacional y en sus efectos»<sup>20</sup>.

*Las tradiciones constitucionales comunes.* Desde una perspectiva más general, también sería destacable el avance en el uso de las tradiciones constitucionales comunes como fuente de interpretación de la Carta. Se ha resumido Taricco II diciendo que el Tribunal de Justicia ha aceptado la sugerencia de la Corte Constitucional de hacer de las tradiciones constitucionales comunes la «lengua franca» sobre la que construir un «constitucionalismo cooperativo» en Europa<sup>21</sup>.

*Relevancia de Taricco II desde la perspectiva del estándar europeo.* De forma simplificada, podría decirse que para quienes defienden que el límite de la regla Taricco se sitúa en el respeto a la versión europea del principio de legalidad, la Sentencia M.A.S. y M.B. aparece como un precedente relevante en el campo de las garantías penales en materia tributaria, incluso desde el punto de vista de los criterios generales de interpretación de la Carta, pero no tanto para el principio constitucional de primacía y la concurrencia de catálogos de derechos.

19. Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «La saga Taricco...», ob.cit., pág. 24.

20. Finalmente, el Tribunal de Justicia ha resuelto el caso Scialdone, mediante Sentencia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2018, en el sentido de descartar la contradicción entre la norma italiana y el Derecho de la Unión, por lo que no ha tenido que pronunciarse sobre el art. 49 de la Carta y no ha habido oportunidad para saber si acogía la posición del Abogado General Bobek. La Sentencia Scialdone cita los precedentes de Akerberg y M.A.S. y M.B. únicamente para sustentar la obligación de los Estados de combatir de manera efectiva y disuasoria los casos de fraude del IVA, necesariamente con sanciones penales en algunos casos graves.

21. Marco BASSINI y Oreste POLLICINO, «Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome», *Verfassungsblog*, 5 de diciembre de 2017, <https://verfassungsblog.de/defusing-the-taricco-bomb-through-fostering-constitutional-tolerance-all-roads-lead-to-rome/>

*La tesis del estándar nacional.* Según otra forma de entender Taricco II, el Tribunal de Justicia estaría aceptando que los tribunales nacionales puedan excepcionalmente aplicar la norma interna contraria al art. 325 del TFUE en caso de que la inaplicación contravenga la versión constitucional del principio de legalidad penal. Es decir, habría sido decisivo el art. 25 de la Constitución italiana.

*Las referencias a Akerberg, el marco normativo italiano y la falta de armonización.* Apunta en esta dirección la cita que se hace a la Sentencia Akerberg, donde se recuerda que este precedente faculta a los tribunales nacionales a aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, «ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (párrafo 47)». En cierto sentido, también refuerzan esta teoría las consideraciones preliminares, en las que se justifica el cambio de criterio por la puesta en conocimiento del Tribunal de nueva información sobre el contexto normativo italiano que desconocía cuando dictó la sentencia Taricco I. Se confiere una especial relevancia a la información facilitada por la Corte Constitucional sobre el «carácter material de las normas de prescripción previstas en el ordenamiento jurídico italiano» y sobre «la exigencia de que toda normativa nacional relativa al régimen de imputación debe estar fundamentada en una base legal suficientemente precisa para poder delimitar y orientar la apreciación del juez nacional» (párrafo 27). En mi opinión, resulta fundamental para sustentar la conexión de Taricco II con las cuestiones constitucionales abordadas en Melloni y Akerberg las referencias a la falta de armonización por parte del legislador de la Unión del régimen de prescripción aplicable a las infracciones penales relativas al IVA y a la consiguiente libertad del Estado para incluir dicho régimen en el Derecho Penal material (párrafos 44 y 45), sobre las que volveremos más adelante.

*Consecuencia: Taricco II en clave constitucional.* Si la norma constitucional nacional resulta decisiva en la argumentación de la Sentencia Taricco II, la pregunta que surge es cómo situar este nuevo precedente dentro del modelo de interpretación del art. 53 de la Carta trazado en las Sentencias Akerberg y Melloni. La doctrina se pregunta si Taricco II encaja dentro de la «situación Akerberg» o, por el contrario, la excede o supera, suponiendo de esta forma un retraimiento del principio de primacía no solo *de facto* sino también *de iure*<sup>22</sup>.

*La tesis de la concurrencia de estándares nacionales y europeos.* Ambas teorías interpretativas no son alternativas excluyentes y puede sostenerse que la excepción que permite a los tribunales italianos aplicar la norma interna contraria al art. 325 TFUE se puede basar simultáneamente en la necesidad de respetar el art. 49 de la Carta y el art. 25 de la Constitución italiana. En realidad, la Sentencia Taricco II parece mezclar conscientemente ambos planos. Por ejemplo, cuando recuerda la importancia que reviste, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de legalidad de los delitos y las penas (párrafo 51).

---

22. Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «La saga Taricco...», ob.cit., pág. 25-26, ha destacado que la «situación “Taricco II”» constituye una flexibilización del peso absoluto del principio de primacía ante los estándares iusfundamentales nacionales, pero duda sobre la naturaleza del cambio.

*El mensaje que la Corte Constitucional ha querido recibir.* La Sentencia de la Corte Constitucional n. 269, de 7 de noviembre de 2017, cita el caso Taricco II como un ejemplo donde se infringen al mismo tiempo las garantías establecidas por la Constitución italiana y por la Carta de Derechos de la Unión Europea. Se observa con más claridad en la Sentencia número 115 de 2018, que analizaremos en la última parte de este comentario.

### 3. UNA APLICACIÓN RAZONABLE DE LA «SITUACIÓN AKERBERG»

*La jurisprudencia Melloni/Akerberg sobre la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión como límite al desplazamiento de la Carta por una protección constitucional más exigente.* La idea central de las Sentencias gemelas Melloni y Akerberg es que el artículo 53 de la Carta faculta a los tribunales nacionales, que están controlando medidas nacionales de ejecución de un acto del Derecho de la Unión, 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» (párrafos 60 de Melloni y 29 de Akerberg). La condición restrictiva está en la última parte de la fórmula: la aplicación de un estándar iusfundamental más alto se subordina «a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión». La solución dependerá de que exista un margen de apreciación en la ejecución del Derecho de la Unión por parte de los Estados. Melloni y Akerberg sirven para ejemplificar las dos situaciones alternativas.

*Melloni: la entrega de los condenados en ausencia.* Es sobradamente conocido que Melloni hace referencia a la entrega por parte de España a Italia de una persona condenada sin haber estado presente en el juicio, en el que sin embargo había sido representado por un abogado de su elección. Las condenas en ausencia del acusado estaban previstas en la legislación italiana en estas condiciones y eran conformes con el doble estándar europeo del Convenio y la Carta. Pero eran contrarias a la jurisprudencia constitucional española sobre el derecho al debido proceso y el Tribunal Constitucional había también considerado que este estándar constitucional vinculaba a los poderes públicos españoles cuando extraditaban o entregaban a un acusado o condenado a otro Estado. La Sentencia Melloni constituye el paradigma de cuándo la protección constitucional queda desplazada por el Derecho de la Unión. En términos equivalentes, cuándo el art. 51 de la Carta no habilita a los tribunales para dejar de aplicar el Derecho de la Unión, en este caso denegar una orden de entrega a Italia, amparándose en la mayor protección constitucional.

*La «situación Melloni»: los Estados carecen de margen de maniobra y la legislación comunitaria armoniza los estándares iusfundamentales.* La situación en Melloni se caracteriza por la regulación de la orden de detención europea en la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009. Debe tenerse presente la muy detallada redacción del artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco. La solución adoptada en Melloni –no puede aplicarse la protección constitucional– está vinculada a la concurrencia de dos circunstancias.

– Primero, el Estado carece de margen de maniobra para denegar la ejecución del Derecho de la Unión (párrafo 61). Es decir, existe una obligación comunitaria clara y

precisa de entrega del prófugo a las autoridades de origen, que el Estado debe indefectiblemente cumplir. Los supuestos de no ejecución están tasados en la propia Decisión marco. Se puede afirmar que la actuación del Estado es reglada.

– Segundo, y no debe mezclarse con la circunstancia anterior, la Decisión marco «refleja el consenso alcanzado por los Estados miembros en su conjunto sobre el alcance que debe darse, en virtud del Derecho de la Unión, a los derechos procesales de los que disfrutaban las personas condenadas en rebeldía contra las que se emite una orden de detención europea» (párrafo 62). La Sentencia considera que la Decisión marco define un nivel uniforme de protección de los derechos fundamentales (párrafo 63), con la finalidad de hacer más efectivo el procedimiento de entrega. La Sentencia acepta con sorprendente naturalidad la posibilidad de que el Consejo, donde están representados los gobiernos nacionales, pueda uniformizar el nivel de protección de los derechos fundamentales y que eso suponga excluir la aplicación de la jurisprudencia constitucional.

*Akerberg: non bis in idem en materia tributaria.* La Sentencia Akerberg aporta el ejemplo contrario: el estándar nacional, más garantista que el europeo, puede aplicarse porque no amenaza la efectividad del Derecho de la Unión. El problema era la posibilidad de acumular multas administrativas y sanciones penales por delitos fiscales. Decimos que la protección constitucional era más exigente, porque la Constitución mantenía una interpretación más generosa del principio *non bis in idem*, que impedía acumular dos sanciones sobre unos mismos hechos cualquiera que fuera su naturaleza, mientras que el sistema europeo consideraba que el principio solo prohibía acumular sanciones penales.

La «situación Akerberg» o el margen de actuación estatal. La diferencia con Melloni es doble:

– La acción del Estado no estaba totalmente determinada por el Derecho de la Unión (párrafo 29). La normativa comunitaria obligaba al resultado, perseguir eficazmente los fraudes del IVA, pero permitía al Estado elegir el medio: sanciones penales, administrativas o ambas combinadas. El Estado, en atención a su garantía del *non bis in idem*, podía considerar que no era posible perseguir penalmente una conducta que ya había sido objeto de sanción administrativa, porque esta solución seguía siendo consecuente con las obligaciones comunitarias.

– La Sentencia no se detuvo en este aspecto, pero es obvio que la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, no armonizaba la relación entre las sanciones penales y administrativas. Era plenamente compatible con el mantenimiento de distintas versiones del principio *non bis in idem*.

*Tarico II como una situación próxima a Akerberg.* A nuestro juicio, Taricco II muestra más semejanzas con Akerberg que con Melloni. Parece una aplicación razonable de la doctrina Akerberg: la posibilidad de aplicar estándares iusfundamentales nacionales ante el reconocimiento de que los Estados conservan una amplia discrecionalidad para cumplir el Derecho de la Unión<sup>23</sup>.

23. Daniel SARMIENTO, «To bow at the rhythm of an Italian tune», en su Blog: *Despite our Differences*, 5 de diciembre de 2017: <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2017/12/05/to-bow-at-the-rhythm-of-an-italian-tune/>

– La acción del Estado no puede calificarse como reglada. Es verdad que se reduce la capacidad de decisión del Estado respecto de Akerberg, al exigir que los casos graves de fraude sean perseguidos penalmente. Las dos Sentencias Taricco insisten en que solo las sanciones penales son realmente efectivas y disuasorias en casos graves de fraude fiscal. Sin embargo, sigue siendo precisa la colaboración del legislador nacional para completar la norma europea. La obligación comunitaria no tiene el nivel de claridad, precisión e incondicionalidad suficiente para poder tener eficacia directa en el contexto de un proceso penal. Resulta necesaria la intervención del legislador para configurar el régimen interno sobre la prescripción de una forma que resulte compatible con el Derecho de la Unión.

– La principal diferencia con Melloni y similitud con Akerberg es que en Taricco II, el Tribunal de Justicia indica, como ya hemos señalado anteriormente, que en el momento en el que se produjeron los hechos controvertidos, «el régimen de prescripción aplicable a las infracciones penales relativas al IVA no había sido objeto de armonización por el legislador de la Unión» (párrafo 44), por lo que Italia tenía libertad para incluir ese régimen «en el Derecho penal material», al mismo nivel que las normas relativas a la definición de las infracciones y la determinación de las penas, y sujetarlo, en consecuencia, al principio de legalidad de los delitos y las penas (párrafo 45).

*La armonización de la prescripción de las infracciones penales que afectan a los intereses financieros de la Unión tras Taricco II.* La Sentencia apunta a que la situación Taricco II ha evolucionado como consecuencia 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. ¿Qué sucedería si un proceso similar se planteara después de que termine el plazo de transposición de la Directiva (el 6 de julio de 2019)? La Directiva reduce el margen de decisión de los Estados, imponiendo obligaciones más precisas en cuanto al plazo de prescripción de las infracciones penales: cinco años o tres años, siempre que ese período pueda ser interrumpido o suspendido por determinados actos (apartados 2 y 3 del art. 12 de la Directiva). Pero se trata de una armonización parcial. Al margen del plazo mínimo de prescripción, las obligaciones de los Estados continúan en el mismo punto que Taricco: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer un plazo de prescripción que posibilite la investigación, el enjuiciamiento, el juicio oral y la resolución judicial de las infracciones penales a que se refieren los artículos 3, 4 y 5 durante un período suficiente a partir de la comisión de esas infracciones, de modo que estos se puedan perseguir de manera eficaz» (art. 12.1 de la Directiva). Además, no se produce armonización respecto al alcance del principio de legalidad penal y a la naturaleza sustantiva o procesal de la prescripción. Por este motivo, la Directiva no es comparable con la uniformización de la regulación de las condenas en ausencia que llevó a cabo la Decisión marco sobre los procedimientos de entrega. Seguiría siendo posible, a nuestro juicio, la aplicación del estándar nacional más avanzado en virtud del art. 53 de la Carta.

*Las amplias posibilidades de Akerberg.* Nos parece que Taricco II ha permitido al Tribunal de Justicia desarrollar su anterior pronunciamiento en el caso Akerberg, aunque podría haberlo hecho en mayor medida si hubiera optado por una argumentación más clara. Confirma las posibilidades de aplicación de Akerberg como precedente, haciendo

bueno el pronóstico de que una gran parte de los casos de conflicto entre estándares europeos y nacionales respondan a esta situación<sup>24</sup>. Más difícil será encontrar oportunidades para aplicar la doctrina Melloni, que quedaría circunscrita a los casos en los que existe una uniformización de los estándares iusfundamentales de garantía por parte del legislador comunitario. Se produciría, en consecuencia, una reducción del riesgo de desplazamiento de los estándares nacionales. Coincide con la línea sugerida, entre otros, por Ricardo Alonso, quien sostuvo en 2014 que «la corta experiencia vivida desde dichos pronunciamientos (Melloni y Akerberg) parece indicar que tales reglas están por pulir, y queda mucho camino por recorrer». También pronosticaba «una complicada digestión por los más Altos Tribunales nacionales de la doctrina implantada en Melloni y Akerberg si el Tribunal de Justicia no hace uso de la misma con esmero, evitando ningunear los catálogos internos de derechos fundamentales»<sup>25</sup>. Nos parece que Taricco II lanza un tranquilizador mensaje de deferencia hacia los estándares constitucionales, aunque no olvidamos que se trata de un caso marcadamente singular y no de una jurisprudencia reiterada.

#### VIII. LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL NÚMERO 115 DE 2018: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA «REGLA TARICCO»

*La Corte Constitucional dice la última palabra.* El comunicado de prensa publicado por la Corte Constitucional el 10 de abril de 2018 no revelaba nuevos datos. Simplemente informaba de que había decidido declarar infundada la cuestión de inconstitucionalidad planteada por los tribunales ordinarios como consecuencia de la respuesta recibida del Tribunal de Justicia en la Sentencia «Taricco bis». No se esperaban grandes novedades. Sin embargo, la Corte Constitucional ha querido cerrar la saga con una nueva Sentencia: la número 115 de 2018, que no se ha publicado hasta el 10 de junio<sup>26</sup>.

*Los hechos anteriores a Taricco I (8 de septiembre de 2015): una reconstrucción creativa del razonamiento del Tribunal de Justicia.* La Corte Constitucional interpreta que la Sentencia M.A.S. y M.B. conlleva la necesidad de distinguir entre dos tipos de situaciones, dependiendo de que los hechos enjuiciados se hayan producido antes o después de la publicación de Taricco I, el 8 de septiembre de 2015<sup>27</sup>. La Corte Constitucional sostiene

24. Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA y Santiago RIPOL CARULLA, *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales*, ob.cit., págs. 180-181.

25. Ricardo ALONSO GARCÍA, El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales, ob.cit., pág. 116.

26. El texto de la Sentencia y algunos primeros comentarios pueden consultarse en <http://www.giurcost.org/decisioni/2018/0115s-18.html>

27. La doctrina había especulado sobre las diferentes consecuencias que podía tener la Sentencia M.A.S. dependiendo de la fecha en la que se hubieran producido los casos de fraude. Puede verse Ernesto LUPO, «La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro», en *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 de diciembre de 2017, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5778-la-sentenza-europea-cd-taricco-bis-risolti-i-problemi-per-il-passato-rimangono-aperti-i-problemi-pe>

que el Tribunal de Justicia ha reconocido que los jueces no deben inaplicar las normas nacionales sobre prescripción respecto de los hechos anteriores a la citada fecha, porque ello sería contrario a la prohibición de retroactividad *in malam partem* de la ley penal. Se afirma además que la prohibición de retroactividad de la ley penal deriva directamente del Derecho de la Unión y no requiere ser comprobada posteriormente por los jueces nacionales. Nos parece que la Corte promueve una lectura de la Sentencia M.A.S. y M.B. que no resulta evidente.

*Los hechos posteriores: el examen de los tribunales nacionales.* Respecto de los hechos posteriores, la Corte Constitucional considera que el Tribunal de Justicia admite que la «regla Taricco» puede ser contraria al principio de determinación de la ley penal, por hacer depender la aplicación de los límites a la prescripción de una condición incierta: cuando «impidan imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión». Aquí el motivo que impide cumplir la regla es distinto. En este caso, la contradicción de la regla Taricco con el principio de legalidad no es automática, sino que el Tribunal de Justicia reclama que los jueces nacionales examinen la compatibilidad de esta regla con la exigencia de determinación de la norma penal, desde el doble prisma del Derecho europeo y del art. 25 de la Constitución italiana.

*La competencia exclusiva de la Corte Constitucional.* La Corte Constitucional afirma su competencia exclusiva para examinar la aplicabilidad de la «regla Taricco». Por lo tanto, donde el Tribunal de Justicia dice que los tribunales nacionales deben examinar la compatibilidad de las consecuencias del art. 325 TFUE con el requisito de precisión de la ley penal, la Corte Constitucional añade que es ella la autoridad competente para realizar este control de adecuación. La Sentencia argumenta que corresponde en exclusiva a la Corte la tarea de examinar si el Derecho de la Unión contraviene los principios superiores del ordenamiento constitucional y en particular los derechos inalienables de la persona. La tarea de los jueces ordinarios consiste en plantear la duda sobre la legitimidad constitucional de la norma nacional que incorpora la norma europea que genera el conflicto<sup>28</sup>.

*Un juicio de relevancia cogido con alfileres.* La Corte no se para en el examen de la admisibilidad, rechazando declarar que la cuestión de inconstitucionalidad ha perdido su relevancia como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia. Los hechos enjuiciados en el proceso «*a quibus*» eran anteriores al 8 de septiembre de 2015, por lo que la regla Taricco no era aplicable al caso, de acuerdo con la rectificación que había hecho el Tribunal de Justicia en M.A.S. y M.B. El argumento utilizado por la Corte es cuestionable: reconocer la prescripción de los hechos enjuiciados solo sobre la base de la Sentencia

---

28. «L'autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto».

M.A.S. y del momento en que se produjeron los hechos hubiera sido ya aplicar la «regla Taricco»<sup>29</sup>. La Corte decide no cerrar el caso M.A.S. con un Auto basado en la inaplicabilidad de la norma controvertida al caso y esperar a que un tribunal que esté conociendo de la prescripción de delitos investigados después del 8 de septiembre de 2015 plantee una nueva cuestión de inconstitucionalidad. Se ha explicado que la Corte Constitucional ha considerado urgente cerrar mediante una decisión «*erga omnes*» el «frente interno del conflicto», dando instrucciones precisas a los tribunales ordinarios, evitando nuevas discrepancias sobre la prescripción<sup>30</sup>.

*El principio de legalidad penal como exigencia de ley escrita.* La Corte Constitucional entra en el fondo del asunto para mantener que el principio de legalidad tiene un sentido formal en el ordenamiento italiano. No exige solo la previsibilidad de la norma, sino que la conducta punible y sus consecuencias estén tipificadas en una ley escrita. Señala además que esta exigencia de norma escrita producida por el legislador es un imperativo imprescindible que forma parte de la identidad constitucional. Recuerda que, en la tradición continental, la jurisprudencia penal constituye un «auxilio interpretativo», lógicamente posterior a la intervención del legislador. El papel del juez penal es precisar el significado correcto de las zonas de sombra de las disposiciones penales, dentro del rango de opciones que permite el texto y que la persona puede imaginarse leyendo el Código<sup>31</sup>.

*Conclusión: la aplicación de la «regla Taricco» a hechos posteriores al 8 de septiembre de 2015 vulnera el principio de legalidad penal.* La Sentencia 115 de 2018 concluye que la aplicación de la «regla Taricco» a hechos posteriores al 8 de septiembre de 2015 es incompatible con el art. 25 de la Constitución italiana. Por lo tanto, los jueces italianos deben seguir aplicando los límites temporales previstos en la legislación italiana también a los hechos posteriores al 8 de septiembre de 2015, hasta que el legislador modifique el Código Penal. La Corte defiende, en primer lugar, que la inaplicación de un aspecto del régimen de la prescripción no era una consecuencia imaginable a partir del art. 325 TFUE, si bien se siente obligado a matizar que corresponde al Tribunal de Justicia interpretar el contenido de este precepto y determinar su eficacia jurídica. La segunda tesis que defiende la Corte es que la Sentencia Taricco I no puede utilizarse para integrar la norma penal. La Corte Constitucional resalta, a mayor abundamiento, que aunque la jurisprudencia europea y nacional afinaran los conceptos más indeterminados de la regla Taricco, en particular qué debe entenderse por un número considerable de casos de

29. «riconoscere solo sulla base della sentenza M.A.S. l'avvenuta prescrizione significherebbe comunque fare applicazione della "regola Taricco", sia pure individuandone i limiti temporali».

30. Chiara AMALFITANO y Oreste POLLICINO, «Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco», *Diritti Comparati*, 5 de junio de 2018, en <http://www.diritticomparati.it/jusquici-tout-va-bien-ma-non-sino-alla-fine-della-storia-luci-ombre-ed-atterraggio-della-sentenza-n-115-2018-della-corte-costituzionale-che-chiude-la-saga-taricco/>

31. «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo».

fraude grave, esto no podría colmar la ausencia original de precisión del precepto penal (o en este caso del art. 325 TFUE)<sup>32</sup>.

## IX. CONCLUSIÓN

*¿Un Tribunal de Justicia con una visión multinivel o pluralista de la tutela de los derechos fundamentales?* Merece una valoración positiva que el Tribunal de Justicia sea consciente de que la garantía de los derechos fundamentales necesariamente condiciona la interpretación de los principios de primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión. También que preste una mayor atención a las tradiciones constitucionales comunes y sea deferente hacia los catálogos constitucionales de derechos, con las particularidades de cada ordenamiento, como la naturaleza material de la prescripción o el principio de legalidad como exigencia de norma escrita. De consolidarse estos criterios interpretativos, que apenas se esbozan en Taricco II, que no deja de ser una decisión aislada, podría concluirse que el Tribunal de Justicia «muestra un mayor acercamiento a una visión “multinivel” o pluralista de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, con relaciones menos jerárquico-unitarias y más basada en la complementariedad y en la distribución de competencias»<sup>33</sup>.

*¿Taricco II facilita la aceptación por los tribunales constitucionales de la teoría del Tribunal de Justicia sobre la relación entre los estándares europeos y nacionales?* Sería razonable pensar que una mejor identificación de los casos en los que los estándares nacionales pueden verse desplazados pueda ayudar a que los tribunales constitucionales avancen en la aceptación de esta posibilidad. Más en concreto, podemos preguntarnos si Taricco II pueda transmitir confianza al Tribunal Constitucional español para evolucionar respecto a la STC 26/2014, de 13 de febrero. Recordemos telegráficamente que el Tribunal Constitucional prefirió modificar, a la baja, el estándar constitucional para armonizarlo con la posición europea acerca de los juicios en ausencia y de esta forma superar las objeciones que planteaba la entrega del señor Melloni. Consideró que no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías la condena en ausencia «cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por Letrado designado». Una decisión que se fundamenta en el valor interpretativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2 CE). En ningún caso, la Sentencia admitió el desplazamiento de la protección constitucional y la aplicación en su lugar de la Carta<sup>34</sup>. Simplemente planteamos la pregunta, por cuanto

32. «Pertanto, quand'anche la “regola Taricco” potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un contorno meno sfocato, ciò non varrebbe a “colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale”».

33. Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Derechos fundamentales y primacía del Derecho de la Unión Europea», ob.cit.

34. Para un análisis del asunto Melloni y de la posición del Tribunal Constitucional, puede verse Xavier ARZOZ SANTISTEBAN, ob.cit.; Francisco Javier MATIA PORTILLA, «Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, págs. 479-522; y Juan Ignacio

la respuesta exige analizar diferentes factores, no únicamente el ámbito de aplicación respectivo de las situaciones Akerberg y Melloni, también el alcance de la garantía de la identidad nacional y su correspondencia con la jurisprudencia constitucional sobre los límites constitucionales a la integración<sup>35</sup>. Y, también, como muestran las Sentencias de la Corte Constitucional 269/2017 y 115/2018, antes expuestas, los equilibrios internos entre el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios.

## X. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Discurso leído el día 24 de febrero de 2014 en su recepción como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014

AMALFITANO, Chiara y POLLICINO, Oreste: «Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco», *Diritti Comparati*, 5 de junio de 2018, en <http://www.diritticomparati.it/jusquici-tout-va-bien-ma-non-sino-alla-fine-della-storia-luci-ombre-ed-atterraggio-della-sentenza-n-115-2018-della-corte-costituzionale-che-chiude-la-saga-taricco/>

ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier: *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015

– «Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, 2016

BASSINI, Marco y POLLICINO, Oreste: «Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome», *Verfassungsblog*, 5 de diciembre de 2017, <https://verfassungsblog.de/defusing-the-taricco-bomb-through-fostering-constitutional-tolerance-all-roads-lead-to-rome/>

BURCHARDT, Dana: «Belittling the Primacy of EU Law in Taricco II», *VerfassungBlog*, 7 diciembre 2017, <https://verfassungsblog.de/belittling-the-primacy-of-eu-law-in-taricco-ii/>

---

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA y Santiago RIPOL CARULLA, *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales*, ob.cit.

35. Ha tenido una importante influencia en la doctrina española la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 15 de diciembre de 2015, comentada –entre otros y con diferente amplitud– por Daniel SARMIENTO, «Awakenings: the “Identity Control” decision by the German Constitutional Court», en *Verfassungsblog*, de 27 de enero de 2016, <https://verfassungsblog.de/awakenings-the-identity-control-decision-by-the-german-constitutional-court/>; Xavier ARZOZ SANTISTEBAN, «Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, 2016; y Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA y Santiago RIPOL CARULLA, ob.cit., págs. 146-148.

- Michal KRAJEWSKI, «Conditional' primacy of EU Law and its deliberative value: an imperfect illustration from Taricco II», *European Law Blog*, 18 de diciembre de 2017, <http://europeanlawblog.eu/2017/12/18/conditional-primacy-of-eu-law-and-its-deliberative-value-an-imperfect-illustration-from-taricco-ii/>
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: «El valor de posición de la carta de derechos fundamentales en la comunión constitucional europea», *Teoría y realidad constitucional*, N.º 39, 2017 (Ejemplar dedicado a: Monográfico: El TJUE como actor de constitucionalidad), págs. 85-101.
- CHOZAS ALONSO, José Manuel: «¿Cuándo se interrumpe la prescripción en el ámbito procesal penal?: un nuevo enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, N.º 2, 2005, págs. 201-248.
- KRUNKE, Helle y KLINGE, Sune: «Dinamarca y el “Caso Ajos”: lo que se perdió en Maastricht y Lisboa», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, 2018, págs. 381-406.
- LUPO, Ernesto: «La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro», en *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 de diciembre de 2017, <https://www.penalcontemporaneo.it/d/5778-la-sentenza-europea-cd-taricco-bis-risolti-i-problemi-per-il-passato-rimangono-aperti-i-problemi-pe>
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier: «Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, págs. 479-522;
- NATALE, Andrea: «Le tappe della cd. Saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso», *Questione giustizia*, 7 dicembre 2017, [http://questionegiustizia.it/articolo/le-tappe-della-cd\\_saga-taricco-e-alcune-riflessioni-in-ordine-sparso\\_07-12-2017.php](http://questionegiustizia.it/articolo/le-tappe-della-cd_saga-taricco-e-alcune-riflessioni-in-ordine-sparso_07-12-2017.php).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Derechos fundamentales y primacía del Derecho de la Unión Europea», *Diario La Ley*, No 9107, Sección Tribuna, 27 de Diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer
- ROMBOLI, Silvia: «“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», *ReDCE* núm. 28, Junio-Diciembre de 2017.
- SARMIENTO, Daniel: «Awakenings: the “Identity Control” decision by the German Constitutional Court», en *Verfassungsblog*, de 27 de enero de 2016, <https://verfassungsblog.de/awakenings-the-identity-control-decision-by-the-german-constitutional-court/>;
- «To bow at the rhythm of an Italian tune», en *Despite our Differences*, 5 de diciembre de 2017: <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2017/12/05/to-bow-at-the-rhythm-of-an-italian-tune/>
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio y RIPOL CARULLA, Santiago: *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales (Un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones)*, IVAP, Oñati, 2017
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio: «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

# NORMAS DE PUBLICACIÓN

AA VV

## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

### 1. Carácter original.

Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos.

### 2. Envío originales, selección y valoración.

La REDE recibirá y podrá publicar trabajos sobre temas jurídicos de interés europeo. Dichos trabajos podrán estar escritos en lenguas latinas y en inglés. Excepcionalmente, y atendiendo a su especial interés, podrán publicarse traducciones al castellano de trabajos de referencia previamente publicados en otra lengua.

Los originales se remitirán por correo electrónico a la dirección de correo [secretariacivitasREDE@gmail.com](mailto:secretariacivitasREDE@gmail.com), a la atención de Don Ignacio García Vitoria y Don Miguel Ángel Ruiz López.

La Secretaría de la Revista acusará recibo de los originales y dará traslado de los mismos a dos especialistas anónimos, ajenos a la organización editorial, para que, en el plazo de un mes a contar desde la recepción, emitan informe sobre el interés del trabajo, su calidad, el respeto de las Instrucciones los autores y la conveniencia de su publicación. Los especialistas desconocerán a quién corresponde la autoría de los trabajos sometidos a su examen. La publicación definitiva del trabajo puede quedar supeditada a la introducción de modificaciones o correcciones sugeridas por los especialistas. Comunicada la valoración de estos especialistas y la decisión de publicar el trabajo, se propondrá al autor una fecha de publicación, que atenderá a las exigencias de programación de la Revista, y una fecha definitiva de entrega del texto.

### 3. Formato

- Los trabajos se redactarán utilizando Author Toolkit, el complemento para Word desarrollado por Thomson Reuters Aranzadi, y que pone a disposición de sus autores y colaboradores en la web: [www.aranzadi.es/authortoolkit/home.html](http://www.aranzadi.es/authortoolkit/home.html). Para poder acceder a esta herramienta póngase en contacto con la editora de la revista, Izaskun González De la Tajada, en la dirección de correo electrónico [izaskun.gonzalez@thomsonreuters.com](mailto:izaskun.gonzalez@thomsonreuters.com)
- Se recogerá el Título, nombre y cargo profesional del autor y en su caso nombre de la institución científica a la que pertenecen.
- Deberán ir acompañados de un resumen de unas 10 líneas, palabras clave y sumario. El título, resumen y palabras clave se redactarán en el idioma original y en un segundo idioma que será inglés.
- Atendiendo a la Norma UNE-ISO 690, las referencias bibliográficas figurarán en todo caso a modo de anexo final ordenadas alfabéticamente por el primer y segundo apellidos del autor en mayúsculas, separados por una "coma" del nombre de pila con la inicial en mayúsculas; recogiendo título de la obra, lugar y fecha de publicación.

### 4. Extensión.

La extensión máxima de los Estudios y Comentarios será de 40 páginas.

### 5. Cierre entrega de originales.

Las fechas de cierre de entrega de originales serán acordados anualmente por la Editorial con Dirección de la Revista.

### 6. Cesión de derechos.

Mediante el envío de originales, y siempre que éstos sean aceptados para su publicación, el autor consiente la cesión a la Editorial Aranzadi, para todos los territorios y durante todo el plazo de protección de la obra, de los derechos de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública

y transformación) de su colaboración doctrinal para su publicación en cualquiera de sus repertorios y revistas, así como en sus colecciones periódicas, sola o junto a otras colaboraciones de distintos autores. La cesión alcanza a la edición en cualquier formato (papel, digital u online), así como a la comunicación pública a través de redes digitales, en la medida adecuada a las necesidades de explotación de Editorial Aranzadi. El autor podrá auto-archivar en el Repositorio de su Institución la versión ya evaluada y aceptada por la Revista transcurridos 5 años desde su publicación y siempre que medie autorización expresa de la Editorial.

#### **7. Índices de calidad de la Revista.**

Para cumplir con los requisitos exigidos por los sistemas de información y bases de datos de calidad editorial de revistas científicas, en las que esta publicación se encuentra indexada y que se recogen en la Página de Créditos, es necesario cumplir con las instrucciones indicadas en las Normas de Publicación.