

## *PRIMA I DIRITTI E POI L'INTEGRAZIONE:* CUESTIÓN PREJUDICIAL, IDENTIDAD NACIONAL Y DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES

Walter Reifarh Muñoz<sup>1</sup>  
Personal investigador en formación  
en Derecho Procesal  
Universidad de Salamanca

**RESUMEN:** Este artículo aborda la cuestión prejudicial como instrumento procesal para reforzar el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los órganos jurisdiccionales nacionales. En concreto, se parte de la noción de diálogo judicial y de los mecanismos reconocidos en el Derecho primario de la Unión, de entre los cuales la cuestión prejudicial ocupa una posición privilegiada en la actuación eficaz y uniforme de las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

**PALABRAS CLAVE:** Cuestión prejudicial; diálogo judicial; Unión Europea; derechos fundamentales.

**ABSTRACT:** In this paper, we address the preliminary ruling as a procedural instrument to strengthen dialogue between the European Court of Justice and the national courts. In particular, our starting point is the concept of judicial dialogue and the mechanisms recognized by European Union's primary law, from which the preliminary ruling is uniquely positioned within the effective and uniform application of the provisions concerning the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

**KEYWORDS:** Preliminary ruling; judicial dialogue; European Union; fundamental rights.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES NACIONALES Y EUROPEOS.—3. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES.—4. LA SAGA TARICCO: UN DES-

---

<sup>1</sup> Este artículo ha sido posible gracias la Ayuda destinada a financiar la contratación predoctoral de personal investigador de la Junta de Castilla y León y el Fondo Social Europeo, y ha sido elaborado en el marco de una estancia de investigación en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, España) entre el 1 de mayo al 31 de julio de 2019.

ENCUENTRO EN TORNO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 4.1. *Lequivoco*: la drástica solución del caso *Taricco I*. 4.2. *Il chiarimento*: la diplomacia de moqueta en el caso *Taricco II*. 4.2.1. La advertencia velada de la Corte costituzionale. 4.2.2. El Tribunal de Justicia rectifica.—5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Tras diez años de plena vigencia jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, en adelante), no han sido pocos los casos en que se han evidenciado dudas sobre cuál debiera ser el catálogo de derechos fundamentales aplicable a cada caso cuando convergen dos órdenes jurídicos en su posible solución. Un problema de identificación que, lejos de ser un ingenioso ejercicio del jurista de laboratorio, plantea graves problemas prácticos y condiciona el contenido y el alcance de aquellos derechos que consideramos básicos entre nosotros.

Es cierto que la mayoría de las constituciones de nuestro entorno contienen cláusulas que permiten la acomodación, ya sea por vía interpretativa o por reconocimiento de rango supralegal, del contenido de los derechos declarado en instancias internacionales. Una acomodación o, si se prefiere, la forma de evitar una patología de los discos intervertebrales que amortiguan una interpretación eventualmente distinta entre los órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales y que permiten mantener la estructura ososa sin lesiones que no puedan ser repuestas por la recíproca buena fe de los operadores jurídicos.

En el Derecho al Unión, sin embargo, las relaciones entre los distintos órdenes de jueces no se resuelven simplemente con el mecanismo de la mera cooperación, más o menos sedimentado, entre las diferentes instancias, sino que se han construido jurisprudencialmente unas reglas más o menos precisas que tienen como objetivo reducir la conflictividad en el recurso a las diversas fuentes normativas. Reducción, sí, pero nunca exclusión total de las fricciones que pueden darse cuando la materia controvertida sea especialmente sensible para los Estados afectados por las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las próximas páginas pretenden ser una reflexión sobre los límites de estos mecanismos lubricantes en el Derecho de la Unión que, como se viene sosteniendo, no topan siempre con la cómoda permeabilidad de los sistemas jurídicos nacionales. Entre ellos, centraremos nuestra atención en la cuestión prejudicial, que permite la actuación uniforme del Derecho europeo, y pone de manifiesto el interés de abordar la figura del diálogo entre tribunales desde el proceso. Por otro lado, los principios que vertebran los sistemas constitucionales de los Estados miembros no siempre pueden desintegrarse por mor de una pretendida homogeneización de los derechos y valores que remuevan los obstáculos en la aplicación del Derecho de la Unión. A este respecto, resultan particularmente ilustrativas las dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que conforman la denominada saga *Taricco* y que ponen

de manifiesto algunos de los peligros a que se enfrenta la integración europea en materia de derechos fundamentales.

## 2. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES

La tendencia hacia la internacionalización del Derecho en nuestros días ha alcanzado un enorme grado de sistematicidad en la Unión Europea, donde el grado de interacción entre diversos sistemas políticos y ordenamientos jurídicos es un fenómeno constatado. La confluencia de un singular orden construido en aquella organización internacional con los principios y valores constitucionales nacionales se desarrolla en un espacio presidido por un clima de entendimiento más o menos pacífico. Ello quizá encuentre una clave explicativa en el progresivo acercamiento en materia de derechos de los sistemas jurídicos occidentales, en buena medida motivado por las sucesivas olas de transición democrática en el continente, la difusión de textos normativos adoptados en instancias supranacionales que contienen catálogos de derechos humanos y el fenómeno de la «migración de ideas constitucionales»<sup>2</sup>, que contribuye a la actualización de los ordenamientos domésticos a partir de modelos que pueden ser imitados en otros Estados por razones de funcionamiento, de eficacia o de compromiso con el respeto de los derechos fundamentales.

Llegados a este punto es necesario señalar que convergencia no es uniformidad, y que las relaciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales no se desenvuelve en un plano de facturas previsibles y idénticos prismas con los que asomarse a la realidad jurídica. Esta sería, en efecto, una interpretación preconcebida y parcial de este fenómeno. Por el contrario, la acomodación de los principios rectores y los derechos inviolables reconocidos en cada nivel no siempre puede despacharse con el mero reconocimiento de esferas de actuación normativa y con una clara superposición de instancias revisoras de la jurisprudencia nacional.

Es particularmente en la Unión Europea donde se puede observar de forma clara un debilitamiento del principio de soberanía en favor de la creación de un orden jurídico propio y de una intervención judicial que, a falta de reglas precisas para ordenar las relaciones entre los diferentes niveles de normas, ha adquirido una importancia creciente. Aunque la construcción jurisprudencial de estas reglas que regulan los vínculos ordinamentales carezca del orden y de la sistematicidad que caracteriza generalmente a la legislación, sí puede manifestarse útil, siquiera *a posteriori*, para superar la referida fragmentación<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Véase a este respecto CHOUDHRY, S. (dir.): *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

<sup>3</sup> Cfr. DE VERGOTTINI, G.: *Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*. Cizur Menor: Civitas, 2010, pp. 76 y ss.

En este orden de consideraciones, conviene señalar que el espacio europeo de protección multinivel o de «pluralismo constitucional», como lo ha calificado con buen criterio algún autor<sup>4</sup>, se ha servido de una serie de principios que rigen las controversias suscitadas en aquellos ámbitos donde concurra la aplicación de normas nacionales y europeas. Un estudio exhaustivo sobre todos ellos escapa con mucho de las ambiciones perseguidas en estas páginas. Pero conviene detenerse brevemente, a los efectos de este trabajo, en el principio de primacía del Derecho de la Unión.

Este principio puede derivarse implícitamente de la atribución de competencias de los Estados a la Unión (art. 5 TUE) y, en general, de la idea normativa de la integración<sup>5</sup>. No tiene, pues, un alcance general, sino que opera exclusivamente respecto de las competencias cedidas a la organización supraestatal por voluntad soberana del Estado. La primacía del Derecho de la Unión aparece por primera vez en el célebre caso *Flaminio Costa c. E.N.E.L*<sup>6</sup>, en conexión con el carácter autónomo de aquel, y fue desarrollada posteriormente en otras resoluciones<sup>7</sup>. En lo que nos interesa aquí, el Tribunal de Justicia sostuvo en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft mbH* que «la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado»<sup>8</sup>. Por tanto, los principios de primacía y de seguridad jurídica en la aplicación del Derecho de la Unión, íntimamente imbricados, imposibilitan a los jueces nacionales el control de validez de las normas europeas a los efectos de su

<sup>4</sup> MACCORMICK, N.: *Questioning sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999; WALKER, N.: "The idea of constitutional pluralism". *Modern Law Review*, vol. 65(3), 2002, pp. 317-359. Entre nosotros, véase BUSTOS GISBERT, R.: *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. Ciudad de México: Porrúa, 2012. Este último autor utiliza también el término de «red constitucional» para referirse a una entidad «compuesta por múltiples nudos constitucionales correspondientes a cada uno de los lugares constitucionales y que interactúa continuamente y reflejando, en cierto modo, una soberanía reticular» (pp. 32-33). En idéntico sentido y del mismo autor, *vid.* "TJCE y TEDH: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos", en GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 147-168.

<sup>5</sup> ROBLES MORCHÓN, G.: "La influencia de los principios generales del Derecho en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.): *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea: las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, p. 411 y ss.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 6/64, de 15 de julio: «[A] Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad».

<sup>7</sup> Entre otras muchas, véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, caso *Simmenthal* (C-6/77); de 22 de junio de 1989, caso *Fratelli Costanzo* (C-103/88); de 22 de octubre de 1998, caso *IN. CO. GE'90 Srl y otros* (asuntos acumulados C-10/97 a C-22/97).

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970 (asunto C-11/70), FFJJ 3.º y 4.º.

inaplicación, que deberá suscitarse a través de la correspondiente remisión prejudicial<sup>9</sup>.

Deben hacerse, empero, algunas consideraciones adicionales.

En primer lugar, la consolidación de la idea de un Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en lo sucesivo) como un tribunal constitucional en sentido material, singularmente tras la adopción de la CDFUE<sup>10</sup>, ha desbordado en el intento por construir una relación de tipo vertical respecto de los tribunales nacionales que sobrepasa el marco ilativo previsto en los Tratados. La reacción de los órganos estatales ante esta autolegitimación del TJUE y el eventual efecto federalizante —con el subsiguiente adelgazamiento de las competencias que han sido señaladas para aquellos— no se hizo esperar, y consistió en advertencias de intensidad variada sobre el respeto de los espacios de posible intervención de cada órgano jurisdiccional<sup>11</sup>. Esta actitud de celo de los tribunales constitucionales o supremos de cada país se ha manifestado a través de una serie de construcciones que varían nominalmente en cada sistema jurídico, como la distinción entre primacía y supremacía en España<sup>12</sup>, el establecimiento de una serie de «condiciones esenciales del

<sup>9</sup> Como señala el Tribunal de Justicia en Sentencia de 22 de octubre de 1987 en el caso *Foto-Frost* (asunto C-314/87): «[Los jueces nacionales] pueden examinar la validez de un acto comunitario y, si no encuentran fundados los motivos de invalidez que las partes alegan ante ellos, desestimarlos concluyendo que el acto es plenamente válido. En efecto, al actuar de este modo, no enjuician la existencia del acto comunitario. En cambio, no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias» (FFJJ 14.º y 15.º).

<sup>10</sup> Sobre este particular, véase el interesante artículo de TRIDIMAS, T.: "Primacy, fundamental rights and the search of legitimacy", en POIARES MADURO, L. M.; AZOULAI, L. (eds.): *The past and future of EU law: the classics of EU revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*. Oxford: Hart Publishing, 2010, pp. 98 y ss.

<sup>11</sup> Entre las resoluciones que reaccionan frente al desbordamiento de competencias asumidas por el Tribunal de la Unión destaca la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 30 de junio de 2009 (BVerfG, 2 BvE 2/08). En esta resolución, el *Bundesverfassungsgericht* se dota a sí mismo de competencia para controlar «si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos, conforme al principio de subsidiariedad del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión [...] respetan los límites de los derechos de soberanía que le han sido transferidos por la vía del principio de atribución de competencias» y también «si queda garantizado el núcleo esencial intangible de la identidad constitucional de la Ley Fundamental», lo cual no resulta contrario al principio de apertura del Derecho hacia el orden internacional ni al principio de cooperación leal. Más recientemente, en diciembre de 2016, el *Højesteret* o Tribunal Supremo de Dinamarca decidió desoír la interpretación del TJUE de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, poniendo en riesgo el diálogo entre los altos tribunales. Véase, en relación con este último caso, GONZÁLEZ HERRERA, D.: "Dinamarca contraataca: el caso Ajos, un nuevo desafío para el diálogo judicial". *European Papers*, vol. 2(1), 2017, pp. 329-338.

<sup>12</sup> *Cfr.* Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre (FJ 4.º): «Primacía y supremacía son categorías que se desvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones».

ejercicio de la soberanía nacional» en Francia<sup>13</sup> y, sobre todo, la teoría de los derechos como *controlimiti* en Italia, que descubre en los derechos fundamentales un límite a la cesión del ejercicio de soberanía en el marco del proceso de integración europea, de modo que las instituciones de la Unión no pueden revestirse de «un poder inadmisibles de violar los principios fundamentales del ordenamiento jurídico [nacional] o los derechos inalienables de la persona humana»<sup>14</sup>. Así, los altos tribunales de los Estados miembros se reservarían la competencia de controlar la continua compatibilidad de los tratados con los principios fundamentales antes mencionados. En cualquier caso, todos estos mecanismos, con independencia de la fórmula empleada, pretenden un cierto equilibrio entre «el principio de que el texto constitucional refleja, al menos en parte de sus previsiones, un reducto de soberanía originaria que debe ser protegido, y la necesidad, inherente al proceso de construcción europea, de que este no pueda ser frenado ni entorpecido por interpretaciones divergentes en los Estados miembros»<sup>15</sup>.

Por otra parte, el artículo 4.2 del Tratado de la Unión obliga a todas las instituciones europeas a respetar la identidad nacional de los Estados, que dimana «de las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos»<sup>16</sup>. Esta disposición bien podría servir de fundamento toral del diálogo

---

<sup>13</sup> Este concepto *material* de la soberanía, fuertemente indeterminado, se ha utilizado en la Decisión del Consejo Constitucional francés 92-308, de 9 de abril de 1992, en relación con el tratado de Maastricht, y en la 91/294, de 25 de julio de 1991, respecto del acuerdo de Schengen de 1985. En el considerando 9.º de esta última, aquellas condiciones parecen materializarse en un deber para el Estado de «asegurar el respeto de las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la Nación y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos» (la traducción es mía).

<sup>14</sup> Sentencia de la Corte Constitucional italiana 183/1973, de 18 de diciembre, en el célebre caso *Frontini*, FJ 9.º. Esta doctrina fue reiterada más adelante en las *sentenzas* de la Corte en los casos *Granital* (170/1984, de 5 de junio) y *Fragd* (232/1989, de 21 de abril). También fue la posición defensiva que adoptó el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Auto de 29 de mayo de 1974 (BVerfGE, 2 BvL 52/71), más conocido como *Solange I*, en que se arroga la competencia de velar por la garantía de los derechos fundamentales en tanto que la Unión no se haya dotado de un catálogo de derechos fundamentales, declarando inconstitucional a tales efectos la actividad ejecutiva de las normas europeas puesta en marcha por el Estado alemán. Interesa destacar que el TJUE acogió, en el ámbito regional, la teoría de los contralímites en el célebre caso *Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión* (asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, de 3 de septiembre de 2008). En él, el Tribunal de Justicia anuló las sentencias del Tribunal de Primera Instancia y entendió que la integridad de los derechos fundamentales operaba como un requisito para la ejecución de determinadas medidas impuestas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Suficientemente explicativas resultan las palabras del Abogado General Poiares Maduro en sus Conclusiones: «[M]ientras las Naciones Unidas no establezcan un mecanismo de control judicial independiente que garantice que las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad y por el Comité de Sanciones respetan los derechos fundamentales, los Tribunales comunitarios [sic] deberán pronunciarse sobre las medidas adoptadas por las instituciones [de la Unión] con vistas a aplicar las mencionadas resoluciones, a fin de determinar la conformidad de tales medidas con los derechos fundamentales tal como están reconocidos en el ordenamiento jurídico [de la UE]» (apartado 19).

<sup>15</sup> Informe del Consejo de Estado, de 14 de febrero de 2008, sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, pp. 27 y 28.

<sup>16</sup> En este sentido, hace ya bastante tiempo desde que Pescatore vaticinara la dificultad de imaginar que el Derecho de la Unión pudiera mantener su propia autoridad si no lograra alcanzar un estándar de protección que fuera considerado esencial en un determinado Estado miembro. *Cfr.* Pescatore,

recíproco y abierto entre los dos niveles de jueces<sup>17</sup>. Nótese bien que, al estar contenido en los Tratados, es el TJUE quien ostenta la competencia para interpretar el referido precepto; interpretación que, en todo caso, deberá ser respetuosa con los elementos fundamentales que determinan la identidad o la *esencia* constitucional de cada parte del sistema. La cuestión sobre cuáles deban ser tales aspectos deberá resolverse casuísticamente, lo que exige de los Estados, por un lado, no normalizar la invocación a un concepto tan difuso como el de identidad nacional, y del TJUE, por otro, un análisis amigable respecto de los órdenes constitucionales domésticos. Solo de este modo, indeterminado en su necesidad, se puede alcanzar una solución de compromiso por la que el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la Unión no haga irreconocibles los principios, valores y derechos inalienables en que se fundan las constituciones nacionales ni resulte obstaculizado sin una razón objetiva que lo justifique.

Por estas razones, el principio de primacía del Derecho de la Unión, por más que pueda ser adecuado para asegurar la efectividad y la utilidad de este último, no puede desplazar irreflexiva e incondicionalmente los parámetros normativos y axiológicos que dan identidad constitucional a los órdenes nacionales. Una interpretación en sentido contrario supondría la creación de un *rodillo* supresor de las legítimas diferencias que separan a cada tradición jurídica y de los márgenes de configuración en los que puede operar válidamente cada uno de los legisladores nacionales.

### 3. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES

El arreglo más o menos pacífico de fricciones judiciales, allí donde se da la superposición de espacios en que pueden actuar tribunales nacionales y supranacionales, ha encontrado una solución en la técnica del reenvío prejudicial, cuyo mayor exponente es, sin lugar a duda, la cuestión prejudicial a que se refiere el art. 267 TFUE. El desarrollo de este mecanismo reglado no tiene parangón, en términos de desarrollo y consecuencias jurídicas, con los mucho más modestos convenios de asistencia judicial<sup>18</sup>, las consultas de

P.: "The protection of human rights in the European Communities". *Common Market Law Review*, vol. 9(1), 1972, pp. 73-79.

<sup>17</sup> Como señala la mayoría de los magistrados del TC español en Sentencia 26/2014, de 13 de febrero: «[E]s el propio Derecho de la Unión el que garantizaría, a través de una serie de mecanismos previstos en los Tratados, el presupuesto para la aplicación de su primacía, que no es otro que el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales» (FJ 3.º).

<sup>18</sup> Los convenios bilaterales sobre asistencia y cooperación jurídica internacional son vez más frecuentes en el plano internacional, sin perjuicio de reconocer aquí la revolución que ha supuesto para los jueces penales europeos el mecanismo de la orden europea de detención y entrega en relación con la lista de categorías delictivas del anexo de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002.

interpretación prejudicial en el sistema andino<sup>19</sup> o la opinión consultiva en el marco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>20</sup>.

Este instrumento ha sido definido por el Tribunal de Luxemburgo como un auténtico «instrumento de cooperación» con los órganos jurisdiccionales nacionales, a quienes corresponde apreciar, en función de las peculiaridades de cada asunto, la necesidad de la decisión y la pertinencia de la cuestión que plantean<sup>21</sup>. Desde esta perspectiva, la cuestión prejudicial contribuye a la coherencia, a la estabilidad y a la seguridad de un sistema jurídico cada vez más complejo en que coexisten varios órganos jurisdiccionales y distintas fuentes de creación normativa.

Las partes que intervienen en el litigio principal pueden solicitar al juez nacional el planteamiento de la cuestión prejudicial, si bien este es el único legitimado para hacerlo, ya que, según tiene declarado el TJUE, corresponde a él asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto<sup>22</sup>. No obstante, si las partes del litigio principal solicitan del órgano el planteamiento de la cuestión, este debe motivar suficientemente la negativa a hacerlo para la salvaguarda del derecho a un proceso con todas las garantías<sup>23</sup>.

De conformidad con las normas que detallan la tramitación de la cuestión prejudicial<sup>24</sup>, el órgano jurisdiccional nacional remitente deberá acompañar el texto de las preguntas formuladas al TJUE de una exposición concisa del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones, de los textos normativos nacionales que pueden ser de aplicación al asunto en liza y de las razones que han llevado al órgano nacional a preguntarse sobre la interpretación o validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable al litigio principal.

---

<sup>19</sup> Véase al respecto los arts. 32 a 36 del Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firmado en Cochabamba (Bolivia) el 28 de mayo de 1996; y arts. 121 a 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

<sup>20</sup> El Protocolo núm. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en vigor desde el 1 de agosto de 2018 tras la firma de diez Estados (Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Eslovenia y Ucrania), permite solicitar al Tribunal de Estrasburgo opiniones, no vinculantes, relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y en sus Protocolos. Al momento de entrega de este trabajo, España no ha firmado ni ratificado el Protocolo.

<sup>21</sup> Entre otras muchas, STJUE de 2 de marzo de 2017, caso *Pérez Retamero* (C-97/16), apdos. 20-22, y jurisprudencia allí citada.

<sup>22</sup> Por todas, SSTJUE de 5 de octubre de 2004, asunto *Pfeiffer y otros* (C-397/01 a C-403/01), apartado 111; y de 15 de abril de 2008, asunto *Impact* (C-268/06), apartado 42.

<sup>23</sup> El TEDH ha declarado que la falta de motivación suficiente a dicha petición de formular una cuestión prejudicial puede vulnerar el art. 6.1 del Convenio. En este sentido, véase la Decisión del TEDH de 10 de abril de 2012 en el asunto *Vergauwen y otros c. Bélgica* (§§ 89 y 90), y la STEDH de 8 de abril de 2014 en el asunto *Dhahbi c. Italia* (§§ 31-34).

<sup>24</sup> Art. 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y Título Tercero (arts. 93 a 114) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

Al margen de los aspectos procedimentales, que no se pretenden agotar aquí, se ha afirmado, con razón, que el TJUE ha hecho uso en ocasiones de la cuestión prejudicial para afirmar su superioridad respecto de los tribunales nacionales, cuyas facultades, correlativamente, ha ido adelgazando<sup>25</sup>. Un propósito que no solo no contribuye a allanar el espacio para el diálogo, sino que lo dificulta mediante la entronización de una jerarquía incompatible con él. Las próximas páginas ejemplifican esta situación.

#### 4. LA SAGA *TARICCO*: UN DESENCUENTRO EN TORNO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Un conjunto de dos recientes casos en que se manifiestan de forma nítida los problemas que hemos abordado en el marco teórico antecedente es la denominada saga *Taricco*. Estos incidentes de reenvío prejudicial han merecido una atención especial por parte de la doctrina, sobre todo de la italiana<sup>26</sup>, y patentizan el notable esfuerzo por incorporar un principio constitucional muy asentado en el sistema jurídico nacional al conglomerado de parámetros de enjuiciamiento que debe utilizar el Tribunal de la Unión.

En concreto, se puede observar un claro giro jurisprudencial entre la STJUE de 8 de septiembre de 2015, caso *Taricco I* (C-105/14) y la STJUE de 5 de diciembre de 2017, caso *M.A.S. y M.B.*, más conocido como *Taricco II* (C-42/17), en lo referente a la aplicación del principio de legalidad penal en casos de grave fraude tributario. En lo que sigue, se intentará exponer los hechos y fundamentos jurídicos que llevaron a adoptar una u otra solución, para extraer posteriormente de esta saga algunas conclusiones sobre el diálogo interjudicial.

<sup>25</sup> TRIDIMAS, T.: «Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure». En: *Common Market Law Review*, núm. 40, 2003, pp. 46 y ss.; SOCA TORRES, I.: *La cuestión prejudicial europea: planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*. Barcelona: Bosch, 2016, pp. 103 y ss.

<sup>26</sup> Pueden destacarse, a título ejemplificativo, BONELLI, M.: "The Taricco saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union". *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25(3), 2018, pp. 357-373; CUPELLI, C.: "La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo certo". *Diritto penale contemporaneo*, núm. 6, 2018, pp. 227-237; Gallo, D.: "La Corte Costituzionale chiude la saga Taricco: tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto". *European Papers*, núm. 2, 2018, pp. 885-895; LUCIANI, M.: "Il brusco risveglio: i controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale". *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 2, 2016; Repetto, G.: "La cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti". *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 2, 2016; ROMBOLI, S.: "Los contra-límites en serio y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 28, 2017; VIGANÒ, F.: "Disapplicare le norme vigenti sulle prescrizioni nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia". *Diritto penale contemporaneo*, 14 de septiembre de 2015. Al caso objeto de nuestra investigación se ha llegado a dedicar incluso todo un libro colectivo: BERNARDI, A.; CUPELLI, C. (dirs.): *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'Ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*. Nápoles: Jovene Editore, 2017.

#### 4.1. *L'equivoco: la drástica solución del caso Taricco I*

Sintéticamente expuestos, los hechos que motivaron esta primera resolución son los siguientes. El 17 de enero de 2014, el *Tribunale di Cuneo* remitió al TJUE una cuestión prejudicial para la correcta interpretación de los artículos 101, 107 y 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante) y del artículo 158 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA. El señor Ivo Taricco y otros seis sujetos más fueron procesados por un delito de asociación ilícita al haber constituido y organizado una sociedad instrumental a través de la cual pudieron emitir documentos falsos y operar en el mercado de botellas de champán a un precio inferior al de sus competidores, resultando de ello una serie de montajes jurídicos del tipo «carrusel del IVA» con los que defraudaron varios millones de euros a la Hacienda Pública.

En este contexto, el juez nacional interesó del TJUE un pronunciamiento prejudicial del que, en última instancia, se pudiera evaluar la compatibilidad del Derecho de la Unión con los plazos de prescripción de las acciones penales que regulan los artículos 160 y 161 del Código Penal italiano<sup>27</sup>, que determinan que «la interrupción de la prescripción [en caso de fraude fiscal] no podrá dar lugar en ningún caso a una ampliación del plazo de prescripción de más de la cuarta parte de su duración máxima». Con la situación estructural descrita, es fácilmente imaginable que muchos de los acusados de un delito de esta naturaleza en Italia, sobre todo en casos de instrucción compleja, pudieran verse beneficiados de una impunidad de hecho. Tal situación resultaría contraria a la obligación de los Estados miembros de combatir «el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión» mediante medidas disuasorias y efectivas (art. 325 TFUE)<sup>28</sup>.

El Tribunal de Justicia, siguiendo el criterio mantenido por la Abogada General Juliane Kokott<sup>29</sup>, reformuló la pregunta remitida por el órgano italiano para examinar la compatibilidad del sistema doméstico de plazos de prescripción con el Derecho de la Unión.

---

<sup>27</sup> Los plazos de prescripción fueron sensiblemente reducidos con la polémica Ley de 5 de diciembre de 2005, n. 251, más conocida como Ley *ex Cirielli* (artículo 6). Conviene destacar que con la adopción de la Directiva (UE) 2017/1371, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, se armonizó parcialmente el régimen de prescripción aplicable a las infracciones penales relativas al IVA.

<sup>28</sup> Es claro el artículo 325.1 TFUE al disponer que «la Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión». Además, el apartado segundo de este precepto señala que «los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros».

<sup>29</sup> Conclusiones de la AG Kokott en el asunto C-105/14, presentadas el 30 de abril de 2015, párrs. 74-78.

Recuerda el órgano europeo, siguiendo el criterio sentado en el conocido caso *Åckerberg Fransson*<sup>30</sup>, que los Estados miembros «no solo tienen la obligación general de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la recaudación íntegra del IVA en sus respectivos territorios, sino que, además, deben luchar contra el fraude». A tales efectos, las sanciones penales pueden resultar indispensables para combatir de manera efectiva y disuasoria los casos graves de fraude del IVA<sup>31</sup>, pero en todo caso corresponde a los jueces de cada Estado miembro verificar que el castigo previsto en cada ordenamiento jurídico para los comportamientos fraudulentos cumple los requisitos de efectividad y disuasión<sup>32</sup>. No obstante, el Tribunal de Justicia construye un criterio para ayudar al juez nacional a evaluar si los preceptos reguladores de los plazos de prescripción son o no compatibles con el Derecho de la Unión: si el órgano jurisdiccional llega a la conclusión de que la aplicación de las normas nacionales en materia de interrupción de la prescripción tiene como consecuencia que hechos constitutivos de fraude grave queden impunes desde el punto de vista penal «en un número considerable de casos», deberá considerar que las tales disposiciones son contrarias al art. 325.1 TFUE, al art. 2.1 del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de la Unión y al art. 158 de la Directiva 2006/112/CE<sup>33</sup>.

El aspecto controvertido de esta sentencia es el relativo a las consecuencias de una eventual incompatibilidad de las normas nacionales controvertidas con el Derecho de la Unión. En este caso, y en virtud de los principios de primacía y efecto útil, el juez nacional deberá garantizar la plena eficacia del art. 325 TFUE, inaplicando para ello, si es necesario, las disposiciones del Derecho nacional que impidan a los Estados miembros dar cumplimiento a las obligaciones que les impone el referido artículo<sup>34</sup>.

Si el órgano jurisdiccional nacional decide dejar sin aplicación el sistema nacional regulador de la interrupción de la prescripción, deberá hacerlo en todo caso con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales de los afectados y, singularmente, el artículo 49 CDFUE, que consagra el principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas<sup>35</sup>. Es esta una cuestión nuclear y decisiva para entender la segunda resolución que abordamos aquí. Sin perjuicio de que la vulneración de estos derechos básicos deba ser declarada por el tribunal nacional, el TJUE resuelve sin ambages

<sup>30</sup> STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-617/10), apdo. 26.

<sup>31</sup> Aunque los Estados miembros, en principio, disponen de libertad de elección de las sanciones aplicables, que pueden ser administrativas, penales o una combinación de ambas, interesa destacar que el artículo 2.1 del Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO núm. C 316 de 17 de noviembre de 1995, pp. 48-57) señala que a los comportamientos de fraude que afecten a tales intereses «les sean impuestas sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, entre las que figuren, al menos en caso de fraude grave, penas privativas de libertad».

<sup>32</sup> STJUE de 8 de septiembre de 2015, caso *Taricco I* (C-105/14), apdo. 44

<sup>33</sup> *Ibid.*, apdo. 47.

<sup>34</sup> *Ibid.*, apdo. 58.

<sup>35</sup> *Ibid.*, apdos. 53 y ss.

que la antedicha inaplicación «solo tendrá como consecuencia impedir que se acorte el plazo de prescripción en el mercado de un procedimiento penal pendiente, [pero] en modo alguno resultaría de dicha inaplicación la condena de los imputados por una acción y omisión que en el momento de su comisión no constituyese una infracción sancionada penalmente por el Derecho nacional». Al entender que las normas de prescripción tienen una naturaleza estrictamente procesal, concluye que su inaplicación no constituye *prima facie* una violación del principio de legalidad penal consagrado en el art. 49 CDFUE, ni tampoco del correlativo derecho del art. 7 CEDH<sup>36</sup>.

La decisión recaída en *Taricco I* sorprende por el automatismo con que el Tribunal de Justicia incorpora a su parámetro de enjuiciamiento el catálogo nacional de los derechos fundamentales, rebasando con mucho los límites de la función que está llamado a desempeñar y haciendo un incauto ejercicio de «destrutividad creativa» o de *judicial adventurism* que dinamita los axiomas del constitucionalismo<sup>37</sup>.

Ante esto, la doctrina italiana adelantó algunas posibles soluciones. Hubo quienes plantearon el recurso a la teoría de los contralímites, haciendo llegar al Tribunal de Justicia una firme advertencia en defensa del predominio axiológico de la Constitución italiana y de los elementos constitutivos de su identidad nacional<sup>38</sup>. Otros, más proclives al compromiso dialógico, sugirieron modular los efectos temporales de los pronunciamientos judiciales o impulsar un cambio de la legislación conforme a las observaciones realizadas por el órgano supraestatal utilizando, por ejemplo, la autocuestión de inconstitucionalidad<sup>39</sup>.

En todo caso, con una visión «acusadamente eurocéntrica»<sup>40</sup>, el Tribunal de Justicia parece someter la identidad nacional a los principios de primacía

<sup>36</sup> Son varias las resoluciones del TEDH que han considerado que la plena vigencia del derecho contenido en el art. 7 del Convenio no impide la ampliación de los plazos de prescripción cuando los hechos controvertidos no han prescrito y, por tanto, todavía pueden ser perseguidos. Véanse, entre otras, SSTEDH de 22 de junio de 2000 (asunto *Coëme y otros c. Bélgica*, § 149); de 17 de septiembre de 2009 (asunto *Scoppola c. Italia*, § 110); y de 20 de septiembre de 2011 (asunto *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia*, §§ 563-570). Estas referencias, en nuestra opinión, no son inequívocas, ya que la cláusula de salvaguarda del art. 53 CEDH permite extender en el ámbito nacional las garantías que el sistema del Convenio reconoce al investigado.

<sup>37</sup> Manes, V.: “La svolta Taricco e la potenziale sovversione di sistema: le ragioni dei controlimiti”. *Diritto penale contemporaneo*, 6 de mayo de 2016. En sentido contrario, en una clara apuesta por definir a nivel europeo los estándares de tutela de los derechos y evitar las resistencias que pueden oponer las diferentes tradiciones jurídicas al conflicto penal, véase Viganò, F.: “Il caso Taricco davanti alla Corte Costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco”. *Diritto penale contemporaneo*, 9 de mayo de 2016.

<sup>38</sup> Luciani, M.: “Il brusco risveglio...”, *op. cit., in fine*. El autor considera que *quando è troppo è troppo* y nos advierte del peligro de que, si no se hace frente a la decisión del Tribunal de Justicia mediante el recurso a los contralímites, «la patología se convertirá fatalmente en normalidad».

<sup>39</sup> Sobre esta posición más moderada, véanse ROMBOLI, S.: “Los contralímites en serio...”, *op. cit.*, esp. nota al pie 59; Viganò, F.: “Il caso Taricco davanti...”, *op. cit.*; Repetto, G.: “La cassazione sul caso Taricco...”, *op. cit.*, entre otros.

<sup>40</sup> UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: “La saga Taricco: últimas instantáneas jurisdiccionales sobre la pugna acerca de los derechos fundamentales en la Unión Europea”. *Revista General de*

y efectividad del Derecho de la Unión, acelerando torpe y bruscamente la uniformidad de la interpretación constitucional.

*Eppur si muove.*

#### 4.2. *Il chiarimento: la diplomacia de moqueta en el caso Taricco II*

La sentencia que nos ha venido ocupando hasta ahora provocó una enorme confusión en Italia. Los argumentos del Tribunal de Justicia estaban en abierta contradicción con la normativa penal italiana y con una asentada jurisprudencia de la Corte Constitucional, que entendían el sistema de interrupción de los plazos de prescripción como parte integrante del Derecho penal sustantivo y, en consecuencia, como un ámbito al que era aplicable el principio general de no retroactividad<sup>41</sup>.

##### 4.2.1. *La advertencia velada de la Corte costituzionale*

Para los órganos jurisdiccionales italianos, la inaplicación de los artículos 160 y 161 del Código Penal, en los términos expuestos por el tribunal europeo, planteaba fundadas dudas sobre si debería extenderse a las situaciones anteriores al 8 de septiembre de 2015, fecha de publicación de la sentencia *Taricco I*. Esta es la razón que explica la cuestión de constitucionalidad promovida por la Sala Penal de la *Corte suprema di cassazione* y por la *Corte d'appello* de Milán, en las cuales se estaban sustanciando casos de fraude grave similares a los que motivaron el primer incidente.

La Corte Constitucional italiana, mediante resolución de 23 de noviembre de 2016<sup>42</sup>, planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en la que planteaba sus dudas sobre la interpretación del artículo 325 TFUE en *Taricco I* cuando la inaplicación de las normas nacionales de prescripción sea contraria a los principios superiores del ordenamiento jurídico del correspondiente Estado miembro y a los derechos fundamentales reconocidos *ex constitutione*. En su auto de remisión, la *Consulta* señala que las disposiciones en materia de prescripción no solo constituyen normas sustantivas en el Derecho italiano<sup>43</sup>, sino que además forma parte del principio de legalidad penal y –a través de este– de la identidad constitucional italiana, protegida, como ya se ha dicho, por el art. 4.2 TUE y, de manera indirecta, por el art. 53 CDFUE. El órgano constitucional deja claro que el caso de autos es muy

*Derecho Constitucional*, núm. 27, 2018, pp. 1-26.

<sup>41</sup> El párrafo segundo del artículo 25 de la Constitución italiana dispone que «nadie podrá ser castigado sino en virtud de una Ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho».

<sup>42</sup> *Ordinanza della Corte Costituzionale* 24/2017, decisión de 23 de noviembre de 2016.

<sup>43</sup> A diferencia de ordenamientos como el francés, el belga o el alemán, donde mantienen una concepción procesal de los plazos de prescripción de los delitos, en Italia (como en España) estas normas entran dentro del ámbito del Derecho penal material y, en consecuencia, no pueden ser objeto de una aplicación retroactiva *in peius* sin conculcar el artículo 25 de la Constitución italiana.

distinto del abordado en *Melloni*<sup>44</sup>, ya que ahora no se está cuestionando la primacía del Derecho de la Unión ni la interpretación del art. 325 TFUE por parte del Tribunal de Justicia en *Taricco I*, sino únicamente «la existencia de un impedimento de orden constitucional a su aplicación directa por el juez [nacional]»<sup>45</sup>.

Por otra parte, el tribunal remitente entiende que la inaplicación propuesta en *Taricco I* está basada en criterios imprecisos e imposibles de definir de manera inequívoca, tales como «fraude grave» o «número considerable de casos», lo que resulta contrario a la seguridad jurídica, principio general del Derecho de la Unión que debe orientar singularmente la determinación del marco penal<sup>46</sup>. La vulneración del requisito de *lex certa* abre la veda a la arbitrariedad judicial, que redundaría en la creación de un Derecho casuístico y atentaría contra la reserva legal en materia penal y el principio de separación de poderes.

Ante este adverso escenario, la Corte Constitucional italiana advierte *-suaviter in modo, fortiter in re-* que «la observancia de los principios superiores del orden constitucional italiano y de los derechos inalienables de la persona es una condición para que el Derecho de la Unión pueda ser aplicado en Italia. [Si tal condición no concurre] sería necesario declarar la inconstitucionalidad de la ley nacional que autorizó la ratificación y el cumplimiento de los Tratados hasta que dicha hipótesis normativa se materialice»<sup>47</sup>. Una larvada amenaza de aplicar la doctrina de los contralímites si el TJUE mantiene el criterio sentado en *Taricco I*.

#### 4.2.2. *El Tribunal de Justicia rectifica*

La Sentencia del Tribunal de Justicia en *Taricco II* introduce una importante reserva a la interpretación del art. 325 TFUE: el juez nacional no deberá inaplicar las normas relativas a la interrupción de la prescripción cuando de ello resulte «una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción»<sup>48</sup>.

Particularmente ilustrativo de esta palinodia que hace el TJUE respecto a su sentencia de 2015 es el pasaje con que da comienzo a sus consideraciones preliminares, en que recuerda que el procedimiento prejudicial es un instrumento de «diálogo de juez a juez» y de «cooperación entre el Tribunal de Jus-

<sup>44</sup> STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11).

<sup>45</sup> Cfr. *Ordinanza della Corte Costituzionale* 24/2017, FJ 8.º.

<sup>46</sup> *Ibid.*, FJ 5.º.

<sup>47</sup> *Ibid.*, FJ 2.º.

<sup>48</sup> STJUE de 5 de diciembre de 2017, caso *Taricco II* (C-42/17), apdo. 62.

ticia y los órganos jurisdiccionales nacionales»<sup>49</sup>. Es este ánimo dialógico y colaborativo, y no el de «la confrontación o la imposición»<sup>50</sup>, el que marcará las coordenadas del resto de la resolución.

El Tribunal de Justicia recuerda que el art. 325 TFUE impone a los Estados la obligación de imponer sanciones efectivas y disuasorias a las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión; obligación de resultado cuyo cumplimiento necesita de la mediación, en sus respectivos ámbitos de actuación normativa, del legislador y de los órganos jurisdiccionales nacionales. Incumbe al primero determinar las reglas de prescripción que estime oportunas para impedir la impunidad de un número considerable de casos de fraude grave en materia de IVA; a los segundos, su inaplicación en el curso de procedimientos abiertos cuando sean contrarias al art. 325 TFUE, según su interpretación por el TJUE en el apartado 58 de la sentencia *Taricco I*. A este último respecto, los órganos jurisdiccionales están facultados para aplicar estándares nacionales de tutela 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»<sup>51</sup>.

En particular, el Tribunal insiste en que el principio de legalidad de los delitos y las penas forma parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y ha sido consagrado, entre otros, en los artículos 49 CDFUE y 7 CEDH. Nada nuevo, hasta aquí, respecto de la decisión en *Taricco I*. La diferencia radica en que, en esta nueva resolución, el TJUE reconoce que si se constata «una situación de incertidumbre en el ordenamiento jurídico italiano» respecto a la determinación del régimen de prescripción aplicable y no se cumplen los requisitos de previsibilidad, precisión e irretroactividad inherentes al principio de legalidad penal, el juez nacional no estaría obligado a dejar sin aplicación las disposiciones del Código Penal controvertidas, y ello «aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión»<sup>52</sup>.

Lo anterior no quiere decir que el estándar nacional de garantía de los derechos fundamentales se pueda oponer, sin mayor atributo, a la primacía y efectividad de las normas europeas. La sentencia en *Taricco II*, a mi entender, no va más allá del lineamiento presentado en *Åkerberg Fransson*, que permite a los Estados miembros aplicar su propio catálogo iusfundamental cuando dispongan de un margen de apreciación en la ejecución del Derecho

<sup>49</sup> *Ibíd.*, apdos. 22 y 23.

<sup>50</sup> UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: “La saga *Taricco*: últimas...”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>51</sup> STJUE de 5 de diciembre de 2017, caso *Taricco II* (C-42/17), apdo. 47.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, apdos. 59 y 61. En sentido contrario, véanse las Conclusiones del recientemente fallecido AG Yves Bot de 18 de julio de 2017, quien considera que la aplicación del estándar del art. 25 de la Constitución italiana obstaculiza el cumplimiento de la obligación del art. 325 TFUE y, en general, compromete la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión (apdos. 165 y ss). En su opinión, al presente caso no resulta aplicable el art. 53 CDFUE, ya que los derechos fundamentales en este caso están protegidos en el marco de la estructura y los objetivos de la Unión, y tampoco se atenta contra la identidad nacional de la República Italiana, por lo que también es de aplicación el art. 4.2 TUE (apdos. 148 y ss.).

de la Unión. Buenas pruebas de ello son, por un lado, la expresa mención de esta jurisprudencia<sup>53</sup>; por otro, la insistencia en el hecho de que Italia tuviera libertad, en el momento en que se cometieron los hechos enjuiciados del procedimiento principal, para determinar el régimen de prescripción aplicable a los casos de fraude grave del IVA.

En definitiva, y siempre en mi opinión, esta segunda resolución no cambia nada, más allá de devolver las aguas al cauce del que habían salido con *Taricco I*. No es un triunfo real de los tribunales constitucionales. Pero tampoco lo es del Tribunal de Justicia, que devuelve las relaciones interjudiciales al punto inmediatamente anterior a 2015. Los derechos fundamentales consagrados en los textos nacionales no pueden interpretarse como requisitos incondicionados para la aplicación del Derecho de la Unión. Justamente por ello, el TJUE debe ser prudente a la hora de interpretar las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Lo común –si se me permite el reclamo– no es lo único, y eso hace inestable el terreno en que se mueve el órgano europeo. El objetivo general de respetar recíprocamente la identidad constitucional se desgrana en operaciones de compleja cirugía jurídica que deben estar presididas por un espíritu de constante diálogo y de cooperación leal. Y si una de las partes no lo cumple, ¿acaso no es un signo de buena salud del sistema que la otra reaccione a través de la cuestión prejudicial en busca de una solución dialogada?

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.): *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea: las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.
- BONELLI, M.: “The Taricco saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25(3), 2018, pp. 357-373.
- BUSTOS GISBERT, R.: *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. Ciudad de México: Porrúa, 2012.
- CHOUDHRY, S. (dir.): *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- DE VERGOTTINI, G.: *Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*. Cizur Menor: Civitas, 2010.
- DI FEDERICO, G.: «La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)». *Federalismi: Rivista di Diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, núm. 11 de 218, pp. 1-21.
- GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- GONZÁLEZ HERRERA, D.: “Dinamarca contraataca: el caso Ajos, un nuevo desafío para el diálogo judicial”. *European Papers*, vol. 2(1), 2017, pp. 329-338.
- LENAERTS, K.; ARTS, D.; MASELIS, I.: *Procedural Law of the European Union* (2.<sup>a</sup> ed.). Londres: Sweet and Maxwell, 2006.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, apdos. 31, 33 y 47.

- LLOPIS NADAL, P.: «La cuestión prejudicial como instrumento para interpretar derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea». En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 23(1), pp. 111-141.
- LUCIANI, M.: «Il brusco risveglio: i controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale». *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 2, 2016.
- MACCORMICK, N.: *Questioning sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- MANES, V.: «La svolta Taricco e la potenziale sovversione di sistema: le ragioni dei controlimiti». *Diritto penale contemporaneo*, 6 de mayo de 2016.
- PESCATORE, P.: «The protection of human rights in the European Communities». *Common Market Law Review*, vol. 9 (1), 1972, pp. 73-79.
- POIARES MADURO, L. M.; AZOULAI, L. (eds.): *The past and future of EU law: the classics of EU revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*. Oxford: Hart Publishing, 2010.
- REPETTO, G.: «La cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti». *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 2, 2016.
- ROMBOLI, S.: «Los contra-límites en serio y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 28, 2017.
- SOCA TORRES, I.: *La cuestión prejudicial europea: planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*. Barcelona: Bosch, 2016.
- TRIDIMAS, T.: «Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure». En: *Common Market Law Review*, núm. 40, 2003, pp. 37-48.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: «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.
- VIGANÒ, F.: «Il caso Taricco davanti alla Corte Costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco». *Diritto penale contemporaneo*, 9 de mayo de 2016.
- WALKER, N.: «The idea of constitutional pluralism». *Modern Law Review*, vol. 65(3), 2002, pp. 317-359.

