



Erasmus+



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

---

Working Papers on European Law and Regional Integration

**RICARDO ALONSO GARCÍA**

**La puesta en práctica por la *Corte Costituzionale*  
de la protección multinivel de derechos en la UE**

Parte I: Saga *Taricco*

WP IDEIR nº 37 (2020)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por  
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)  
Universidad Complutense  
Facultad de Derecho  
Avda. Complutense s/n  
Madrid 28040 - España

© Ricardo Alonso García 2020

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

# *La puesta en práctica por la Corte Costituzionale de la protección multinivel de derechos en la UE\**

Parte I: Saga *Taricco*

Ricardo Alonso García\*\*

**1.** Más de medio siglo habría de esperar el Tribunal de Justicia de la hoy Unión Europea (en adelante, TJUE) para verse, por vez primera, interrogado vía prejudicial por la *Corte Costituzionale* italiana (en adelante, CC)<sup>1</sup>.

En efecto, mediante Auto 103/2008, de 13 de febrero, la CC vino a desmarcarse parcialmente de la doctrina sentada en su Auto 536/1995 de 15 de diciembre, en virtud del cual se auto-excluyó expresamente de su condición de “órgano jurisdiccional” a los efectos de activar la cuestión prejudicial; desmarque que, como señalaba, tuvo un carácter *parcial*, al constreñir su legitimación para tal activación al contexto de los recursos directos de inconstitucionalidad (habida cuenta de que, razonó la CC, “en tales procesos de constitucionalidad, a diferencia de lo que sucede en los promovidos vía incidental, este tribunal es el único juez llamado a pronunciarse sobre la controversia”, y “en consecuencia, si se negara la posibilidad de activar la cuestión prejudicial europea en los procesos de constitucionalidad promovidos vía principal, resultaría lesionado el interés general de la aplicación uniforme del Derecho comunitario, a la luz de su interpretación por el Tribunal de Justicia”).

La CC, no obstante, superaría la referida constricción en su Auto 207/2013, de 3 de julio, mediante el cual volvió a dirigirse nuevamente a Luxemburgo<sup>2</sup>, esta vez en el contexto de una cuestión de inconstitucionalidad, tras limitarse a recordar que en su Auto 103/2008 había ya “planteado una cuestión prejudicial de interpretación en el marco de un proceso principal”, y limitarse asimismo a añadir que “debe sostenerse que este tribunal también tiene la naturaleza de órgano jurisdiccional nacional en el sentido del artículo 234 TCE [actual 267 TFUE], tercer párrafo, *en los procesos incidentales*”.

---

\* Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación más amplio financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del que el autor es su investigador principal (PID2019-108719GB-I00) y cuyo título es “El principio de lealtad en el sistema constitucional de la Unión Europea”.

\*\* Catedrático de Derecho Administrativo y de la Unión Europea. Miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional.

<sup>1</sup> *Asunto Regione Sardegna* (C-169/08), resuelto por STJCE de 17 de noviembre de 2009.

<sup>2</sup> *Asunto Napolitano* (C-418/13), resuelto por STJUE de 26 de noviembre de 2014.

**2.** Sería, sin embargo, la cuestión planteada en el año 2017 con ocasión del *asunto Taricco e.a.*<sup>3</sup>, la que sentó las bases sobre las que, desde la perspectiva de la CC, habría de discurrir el diálogo prejudicial con Luxemburgo en materia de derechos fundamentales.

En el citado asunto, en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal italiano, el TJUE sostuvo que una normativa nacional (como la italiana) en materia de prescripción de las infracciones penales, que impidiera, como consecuencia de la brevedad del plazo de prescripción, imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea, o que estableciera, para el caso de fraudes que afectaran a los intereses financieros nacionales, plazos de prescripción más largos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros de la Unión, sería contraria al Derecho de la Unión. Concretamente, al artículo 325 TFUE, en virtud del cual los Estados miembros estarían obligados a combatir las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión mediante medidas disuasorias y efectivas y, en particular, a adoptar, 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.

Hasta ahí, ningún problema grave suscitaba el pronunciamiento del TJUE, que además dejaba en manos del juez nacional la verificación de tales extremos.

No podía decirse lo mismo, en cambio, en relación con las consecuencias de tal verificación, de llegar el juez nacional a constatar la contradicción del Derecho interno con el de la Unión: “Incumbe a éste [al juez nacional]”, concluyó el TJUE, “garantizar la plena eficacia del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, *dejando si es preciso sin aplicación las disposiciones del Derecho nacional* que impidan al Estado miembro de que se trate dar cumplimiento a las obligaciones que le impone dicho artículo”.

**3.** A tal conclusión llegó el TJUE, sin desconocer que “las personas afectadas podrían verse imponer sanciones que, con toda probabilidad, habrían evitado si se hubieran aplicado las disposiciones de Derecho nacional”.

Concretamente, el TJUE tuvo que abordar la cuestión de si ello resultaría compatible con el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), que consagra los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, según los cuales, en particular, “nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional”.

Pues bien, en tal delicado contexto, el TJUE se limitó a señalar que “la inaplicación de las disposiciones nacionales controvertidas sólo tendrá como consecuencia impedir que se acorte el plazo de prescripción general en el marco de un procedimiento penal pendiente”, y que “en modo alguno resultaría de dicha inaplicación la condena de los imputados por una acción u omisión que en el momento de su comisión no constituyese una infracción sancionada penalmente por el Derecho nacional, ni la aplicación de una sanción que, en ese momento, no estuviera prevista por dicho Derecho. Al contrario, los hechos que se recriminan a los imputados en el procedimiento principal eran constitutivos, en el momento en que se

---

<sup>3</sup> C-105/14, resuelto por STJUE de 8 de septiembre de 2015.

cometieron, de la misma infracción y se castigaban con las mismas penas que las actualmente previstas”<sup>4</sup>.

En apoyo de tal conclusión, el TJUE se limitó a traer a colación “la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado el Roma el 4 de noviembre de 1950, que consagra derechos que se corresponden con los garantizados por el artículo 49 de la Carta, corrobora esta conclusión”. “En efecto”, continuó el TJUE, “con arreglo a esa jurisprudencia, la prórroga del plazo de prescripción y su aplicación inmediata no constituyen una vulneración de los derechos garantizados por el artículo 7 del referido Convenio, puesto que no puede considerarse que esta disposición impida la ampliación de los plazos de prescripción cuando los hechos imputados no han prescrito”<sup>5</sup>.

**4.** Así las cosas, la Corte de Apelación de Milán, apenas unos días después del pronunciamiento del TJUE, y la Corte de Casación, meses más adelante, se dirigían a la CC cuestionando la constitucionalidad de la Ley italiana de ratificación del Tratado de Lisboa; concretamente, en lo concerniente a la ratificación del artículo 325 TFUE, el cual, interpretado a la luz de la STJUE en *Taricco e.a.*, podría resultar incompatible “con los principios supremos del ordenamiento constitucional italiano y con los derechos inalienables de la persona, en particular con el principio de legalidad en materia penal”, en la medida en que *Taricco e.a.* conllevaría: 1) una aplicación retroactiva en términos desfavorables del régimen penal italiano; 2) una aplicación de un régimen penal insuficientemente definido, al no constar ni cuándo habría que considerar un fraude lo *suficientemente grave* como para exigir, sobre la base del artículo 325 TFUE, la adopción de sanciones nacionales efectivas y disuasorias, ni cuándo habría que estimar que se estaría ante un *número considerable* de supuestos de impunidad como consecuencia de la brevedad del plazo de prescripción previsto en la legislación nacional.

**5.** La CC, por su parte, tras dejar bien claro que en el ordenamiento constitucional italiano la prescripción tendría la naturaleza de regla sustancial o material (y no pura y exclusivamente procesal y formal) a los efectos de su inclusión en el radio de acción del principio de legalidad (lo que conduciría, en última instancia, a un conflicto entre *Taricco e.a.* y la Constitución italiana en lo concerniente a la inaplicación retroactiva del plazo de prescripción previsto en la legislación interna), advirtió que el TJUE no se había pronunciado sobre el alcance del principio europeo de legalidad desde la perspectiva de la determinación suficiente por el legislador del régimen punitivo; y recordó al efecto cómo los Estados miembros con sistemas propios del *civil law* “no confían al juez el poder de crear un régimen jurídico penal al margen de la ley aprobada por el Parlamento, y repudian en todo caso la idea de que los tribunales

---

<sup>4</sup> Con palabras de la AG Kokott: “El principio de legalidad de las penas solamente exige, desde el punto de vista jurídico-material, que la ley defina claramente los tipos delictivos y las penas que llevan aparejadas. En cambio, las disposiciones sobre la prescripción en nada afectan ni a la punibilidad de una conducta ni a la intensidad de las penas, sino que únicamente versan sobre la posibilidad de perseguir un delito, de manera que no están comprendidas en absoluto en el ámbito de aplicación del principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

<sup>5</sup> Citando al respecto las SSTEDH *Coëme y otros c. Bélgica*, de 22 de junio de 2000; *Scoppola c. Italia*, de 17 de septiembre de 2009; y *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia*, de 20 de septiembre de 2011.

penales reciban el encargo de alcanzar un objetivo, aun legalmente predefinido, sin que la ley especifique los medios y los límites para hacerlo”.

Partiendo de tal razonamiento, la CC se decidió por dirigirse a su vez vía prejudicial al TJUE, planteándole: 1) si el artículo 325 TFUE debería interpretarse en el sentido de imponer al juez nacional la inaplicación del plazo de prescripción previsto en la legislación interna, aun careciendo la referida obligación de una base legal suficientemente definida (habida cuenta de que dejaría en manos del juez la determinación del “número considerable de casos” de impunidad, como consecuencia de la brevedad del plazo de prescripción del fraude, a partir del cual habría que considerar el sistema sancionador interno anti-fraude como inefectivo y poco disuasorio a los efectos de cumplir con las exigencias del citado precepto); 2) si el artículo 325 TFUE debería interpretarse en el sentido de imponer al juez nacional la inaplicación del plazo de prescripción previsto en la legislación interna, hasta el punto de obviar la consideración de la prescripción, en el contexto del sistema jurídico nacional afectado, como parte del Derecho penal material, sometido todo él al principio de legalidad; 3) si la Sentencia *Taricco e.a.* debería interpretarse en el sentido de imponer al juez nacional la inaplicación del plazo de prescripción previsto en la legislación interna, hasta el punto de contradecir los principios constitucionales superiores o los derechos inalienables de la persona reconocidos en el sistema nacional afectado.

**6.** Adelantemos que el TJUE, en su fallo, aunó en una respuesta las dos primeras cuestiones, considerando improcedente, a la luz de la misma, contestar la tercera.

Y adelantemos, asimismo, que la complejidad de su razonamiento estriba, creo, en su intento por vestir de matizaciones o precisiones interpretativas lo que, en realidad, no dejó de ser, *de facto*, un verdadero *overruling* del fallo en *Taricco e.a.*<sup>6</sup>

En efecto, frente a la contundencia de dicho fallo, que, recordemos una vez más, obligaba al juez italiano a inaplicar sin miramientos el plazo de prescripción previsto en su ordenamiento de llegar a constatar que el régimen al respecto conllevaría la ineficacia y la falta de fuerza disuasoria de las medidas sancionadoras, el fallo en el asunto *MAS y MB* (también conocido como *Taricco II*), dando respuesta a la CC<sup>7</sup>, condicionó tal inaplicación a que la misma no implicara “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”.

Pero, ¿no había dejado bien claro el TJUE en *Taricco e.a.* que el principio de legalidad no resultaba aplicable al régimen jurídico de la prescripción? Es más, el TJUE volvió a reiterar en *Taricco II* (“cabe recordar”, señaló) que “el hecho de que un legislador nacional amplíe un plazo de prescripción con aplicación inmediata, incluso a hechos imputados que aún no han prescrito, no vulnera, forzosamente, el principio de legalidad de los delitos y las penas”.

¿Cómo explicar semejante contradicción?

---

<sup>6</sup> Así fue interpretado en la práctica por la propia CC, al declarar *expressis verbis*, ella misma, inaplicable *Taricco e.a.* en Italia al resolver, en su Sentencia 115/2018, de 10 de abril, las cuestiones de inconstitucionalidad que originaron su activación del artículo 267 TFUE.

<sup>7</sup> C-42/17, resuelto por STJUE de 5 de diciembre de 2017.

Reconociendo, como hizo el TJUE, que resultaba admisible la visión italiana del principio de legalidad, según la cual éste sí incluiría en su radio de acción el régimen jurídico de la prescripción.

Y lo hizo argumentando al respecto que, en el caso de autos (como también sucedía en el que dio lugar a la Sentencia *Taricco e.a.*), “en el momento de los hechos controvertidos en el procedimiento principal, el régimen de prescripción aplicable a las infracciones penales relativas al IVA *no había sido objeto de armonización por el legislador de la Unión*”; en consecuencia, “*la República Italiana tenía libertad, en aquel momento, para prever que, en su ordenamiento jurídico, ese régimen estuviese comprendido, al igual que las normas relativas a la definición de las infracciones y la determinación de las penas, en el Derecho penal material y quedara sometido, como estas últimas normas, al principio de legalidad de los delitos y las penas*”.

A partir de tal premisa, el TJUE se limitó a someter el deber de inaplicación del juez italiano a los límites derivados del principio de legalidad; límites que, concernientes a la previsibilidad, la precisión y la irretroactividad (en términos desfavorables) de la ley penal aplicable, vincularían al juez italiano, asumido que, según se acaba de señalar, el principio de legalidad se aplicaría también, en el caso italiano y por el motivo expuesto, al régimen de prescripción relativo a las infracciones penales en materia de IVA.

Se trató, pues, de una alambicada respuesta que permitió al TJUE pasar de puntillas sobre el propio parecer de la CC en relación con la tercera cuestión prejudicial planteada (es más, que le permitió, de hecho, omitir su juicio al respecto al eludir la contestación a la misma), consistente en asumir que una renuncia impuesta desde Luxemburgo a los Estados miembros en relación con sus disposiciones y tradiciones constitucionales más favorables para el individuo, “sería incompatible con el ordenamiento italiano cuando son manifestación de un principio supremo de orden constitucional, como sucede con el principio de legalidad en el terreno penal en relación con el completo ámbito material por él cubierto” (que incluiría, advertamos una vez más, el régimen jurídico de la prescripción)<sup>8</sup>.

**7.** Tan alambicada fue, como decía, la respuesta del TJUE, que no se llega a advertir con claridad si, finalmente, la base para inaplicar la “regla Taricco” (así denominada por la CC) fue, *ex artículo 49 CDFUE*, el principio *européo* de legalidad, o si el parámetro de control se recondujo al principio *nacional* de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución italiana. El TJUE pareció inclinarse, *ab initio*, por este último.

Así, tras subrayar, como vimos, la falta de armonización sobre la materia en el momento de los hechos controvertidos en el procedimiento principal, dedujo, como también vimos, que “*la República Italiana tenía libertad, en aquel momento, para prever que, en su ordenamiento jurídico, ese régimen estuviese comprendido, al igual que las normas relativas a la definición de las infracciones y la determinación de las penas, en el Derecho penal material y quedara sometido, como estas últimas normas, al principio de legalidad de los delitos y las penas*”; y

---

<sup>8</sup> Frente a la prudente actitud del TJUE, el AG Bot se inclinó por no esquivar el choque de trenes, proponiendo al TJUE negar “a las autoridades judiciales de un Estado miembro oponerse al cumplimiento de la obligación establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 8 de septiembre de 2015, *Taricco y otros*”, ya fuera sobre la base del artículo 53 CDFUE (alegando que dicha obligación no respetaría el estándar más alto de protección de los derechos fundamentales garantizado por la Constitución nacional), ya con fundamento en el artículo 4.2 TUE (que exigiría el respeto por la Unión de “la identidad nacional” de los Estados miembros).

trajo a colación, justo a continuación, su *doctrina Akerberg*<sup>9</sup>, según la cual “las autoridades y tribunales nacionales están facultados para aplicar *estándares nacionales* de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”.

Sin embargo, a medida que fue avanzando en su razonamiento, pareció ir inclinando la balanza hacia la aplicación no del estándar nacional, sino del propio estándar europeo, *ex artículo 49 CDFUE*, integrando en éste, en lo concerniente a su aplicación en Italia (y habida cuenta, recordemos una vez más, de la falta de armonización a escala europea), el régimen de la prescripción.

El fallo, por su parte, no dilucidó si el parámetro de control finalmente escogido por el TJUE fue el europeo (el propio artículo 49 CDFUE, leído en los términos recién expuestos) o el nacional (el estándar más protector derivado del artículo 25 de la Constitución italiana), limitándose a imponer la inaplicación del régimen nacional de prescripción contrario al artículo 325 TFUE “a menos que la mencionada inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas” (sin especificar, por tanto, si dicho principio habría de vincularse a la CDFUE o a la Constitución nacional). Sí que parece en cualquier caso evidente que el TJUE rehuyó una aproximación a la controversia desde la perspectiva de la “identidad nacional”: en primer lugar, porque un hipotético entendimiento de su razonamiento en términos de aplicación del estándar nacional más protector encontraría fundamento no en el artículo 4.2 TUE (que regula, recordemos, la identidad nacional como límite a la integración), sino en el artículo 53 CDFUE (concerniente, recordemos también, al nivel de protección de los derechos); y, en segundo lugar y sobre todo, porque el TJUE, como ya vimos, rechazó expresamente responder a la tercera cuestión suscitada por la CC precisamente en términos de respeto de la identidad nacional.

**8.** Por su parte, la CC, al trasladar en su Sentencia 115/2018, de 10 de abril, la respuesta del TJUE al terreno del litigio incidental del cual estaba conociendo, consideró no sólo que debía desestimar, a la luz de la misma, las cuestiones de inconstitucionalidad que originaron a su vez la activación del artículo 267 TFUE, sino que, además, era a ella (y no al juez ordinario), a quien correspondía determinar, en cuanto juez competente para enjuiciar en exclusiva “la compatibilidad del Derecho de la Unión con los principios supremos del orden constitucional y, en particular, con los derechos inalienables de la persona”, en qué medida, como rezaba el fallo en *Taricco II*, el juez nacional sólo quedaba exonerado de inaplicar el régimen nacional de prescripción contrario al artículo 325 TFUE en caso de verificar “que la mencionada inaplicación implique 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”.

Lo cual se tradujo, en consecuencia, en un control *erga omnes* sobre la Ley penal aplicable (o para ser más exactos, sobre la ley penal en principio inaplicable por contraria al artículo 325 TFUE), *no con fundamento en el artículo 49 CDFUE, sino en el artículo 25 de la Constitución italiana*, con el resultado de excluir la “regla Taricco” por contraria al principio de legalidad, en su vertiente de irretroactividad, respecto de los hechos anteriores a la fecha en

---

<sup>9</sup> STJUE de 26 de febrero de 2013 (C-617/10).



que fue dictada (15 de septiembre de 2015); y por contraria también al principio de legalidad, en su vertiente de precisión, al margen de cualquier fecha, en espera de una intervención del legislador (refiriéndose aquí la CC, expresa y específicamente, al artículo 25 de la Constitución italiana<sup>10</sup>).

**9.** Más allá del debate en abstracto en torno a qué aproximación al problema suscitado por la “regla Taricco” encajaría mejor en el marco constitucional de la Unión (esto es, si desde la perspectiva del propio artículo 49 CDFUE, del artículo 53 CDFUE o, en fin, del artículo 4.2 TUE), conviene centrarse, creo, en las diferentes consecuencias a las que conduciría cada cual.

Así, en un reforzamiento, de menos a más del catálogo europeo de derechos fundamentales frente a los catálogos nacionales de protección, en función de que la solución al conflicto derivado del distinto nivel de protección se buscara en la identidad nacional (artículo 4.2 TUE), en el mayor estándar de protección (artículo 53 CDFUE) o, finalmente, en el propio derecho sustantivo de la CDFUE implicado en el conflicto (en el caso que nos ocupa, el principio de legalidad consagrado en su artículo 49).

Así también, en una distinta aproximación por parte del TJUE al derecho fundamental nacional en juego, asumido que en cualquiera de los tres supuestos se debería producir su intervención pronunciándose acerca del encaje último del mencionado derecho en el sistema europeo de protección (incluida la posible manifestación del derecho como parte de la “identidad nacional” en su caso esgrimida como límite a la integración, habida cuenta de que, *en el contexto del artículo 4.2 TUE*, tal identidad nacional no dejaría de ser un *concepto autónomo del Derecho de la Unión*, sometido a la lectura suprema de Luxemburgo).

Y otro tanto cabría indicar, en fin, en relación con la determinación del juez nacional competente para traducir en la práctica la solución al referido conflicto: desde la competencia genérica del juez ordinario para inaplicar leyes internas por contrarias al derecho fundamental en juego si éste se identificara con alguno de los incorporados en la CDFUE, hasta la posible competencia exclusiva, en el marco de un sistema nacional de control concentrado de constitucionalidad, del correspondiente Tribunal Constitucional, en caso de orientarse el discurso hacia una aplicación bien del estándar de protección superior, bien, directamente, de la identidad nacional (como sucedió, precisamente y como vimos, en *Taricco II*, llegada la hora de concretar, en términos internos, la respuesta del TJUE).

**10.** No debe olvidarse, por lo demás, que el punto de partida del TJUE al revisar (o más suavemente si se quiere, “modular”) la “regla Taricco”, fue la *ausencia de armonización europea* en materia de prescripción aplicable a las infracciones penales en materia de IVA.

¿En qué posición, pues, habría que entender que quedaría el juez italiano una vez producida tal armonización, como fue el caso, en virtud 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?

---

<sup>10</sup> Según el cual: “Nadie podrá ser sustraído al juez natural establecido por la Ley. Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una Ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho. Nadie podrá ser sometido a medidas de seguridad, excepto en los casos previstos por la Ley”.

Parece que, a los ojos del TJUE, desaparecería la libertad de la República italiana para prever que, en su ordenamiento jurídico, el régimen de prescripción relativo a las infracciones en materia de IVA estuviese comprendido en el Derecho penal material y sometido, en consecuencia, al principio de legalidad de los delitos y las penas.

Y parece, asimismo, que el debate se trasladaría al terreno del alcance de la identidad nacional como límite a la integración (debate, recordemos, eludido por el TJUE al dejar sin contestar la tercera de las cuestiones prejudiciales suscitada por la CC en *Taricco II*).

Ello en el entendido de que la obligación, *ab initio*, de inaplicar del régimen interno de prescripción incompatible con el previsto en la mencionada Directiva, tendría su origen no en ésta, sino en los apartados 1 y 2 del artículo 325 TUE, esto es, en “disposiciones de Derecho primario de la Unión [que] imponen una obligación de resultado precisa y no sujeta a condición alguna en cuanto a la aplicación de la norma que contienen” (de combatir las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión mediante medidas disuasorias y efectivas, así como equivalentes a las previstas para combatir los fraudes que afecten a sus propios intereses); disposiciones que, “en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión [...], producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional existente”<sup>11</sup>.

**11.** A modo de breve reflexión final sobre la puesta en práctica por la *Corte Costituzionale* de la protección multinivel de derechos en la UE, cabría señalar que, en mi opinión, el órdago planteado por la CC al TJUE (traducido en la amenaza de una declaración de inconstitucionalidad del artículo 325 TUE) lo fue en términos sólidos (en el sentido de bien fundamentados desde la perspectiva del propio Derecho de la Unión) y constructivos (en el sentido de proponer un *modus operandi* a los efectos de colaborar, a tres bandas, en el marco de un complejo sistema de protección de derechos representado, precisamente, por tres protagonistas —el TJUE, el TEDH y los TC—, cada cual con su propio guion —la CDFUE, el CEDH y las Constituciones nacionales—), pero orientados todos ellos por unos valores comunes, entre los que destaca, de nuevo precisamente, el respeto de los derechos humanos (como expresamente recuerda el artículo 2 TUE<sup>12</sup>).

Así, la CC hizo bien, creo, en advertir al TJUE que éste ni debería ni podría llevar a cabo, a su exclusivo aire, lecturas de la CDFUE. Por el contrario, estaría *obligado*, a la luz tanto de la propia Carta como del TUE, no sólo a utilizar el CEDH y, sobre todo, la jurisprudencia del TEDH, como esencial fuente de inspiración, sino también las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros<sup>13</sup>; tradiciones que, sin embargo, brillaron por su ausencia no

---

<sup>11</sup> FFJJ 51 y 52 de *Taricco e.a.*

<sup>12</sup> “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombre”.

<sup>13</sup> Según dispone el artículo 6.3 TUE, “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios general”. El artículo 52 CDFUE, por su parte, establece en su apartado 3 lo siguiente: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los

sólo en *Taricco e.a.* y *Taricco II*, sino también en el propio discurso de la CC, la cual, al descender del plano teórico al práctico, las dejó de lado, cediendo el papel estelar, de modo casi exclusivo<sup>14</sup>, a la tradición propia.

**12.** Un último añadido acerca de plantear, en términos procesales, el referido diálogo, en lo que concierne, bilateralmente, a la CC con Luxemburgo.

Hasta el momento en que el TJUE resolvió *Taricco II* (5 de diciembre de 2017), la posición de la CC en relación con la decisión del juez ordinario de activar bien la cuestión prejudicial, bien la cuestión de inconstitucionalidad, en presencia de dudas acerca de la europeidad y constitucionalidad de las leyes, se decantaba por la obligación de activar ante todo aquélla, habida cuenta, entre algunas de las razones esgrimidas que recuerdan a las mucho más recientes argüidas por nuestro TC<sup>15</sup>, de que una respuesta al respecto por el TJUE sería determinante a los efectos de diagnosticar la aplicabilidad de la ley al caso concreto, exigencia ineludible para dirigirse vía incidental a la CC. Con palabras de la propia CC en su Sentencia 284/2007, de 4 de julio: “la cuestión de la compatibilidad comunitaria constituye un *prius* lógico y jurídico con respecto a la cuestión de constitucionalidad, ya que se refiere a la aplicabilidad misma de la disposición censurada y, por tanto, a la relevancia de esta última”<sup>16</sup>.

Sin embargo, a los pocos días de dictarse *Taricco II* (concretamente, el 14 de diciembre), la CC emitía su Sentencia 269/2017, en la que alteraba su hasta entonces referida posición, declarando *en relación específicamente con la CDFUE*, en un *obiter dictum* que dio lugar a abundante literatura académica (especialmente italiana), que “cuando una ley plantee dudas de compatibilidad con los derechos protegidos por la Constitución italiana y con los garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en un contexto de relevancia comunitaria<sup>17</sup>, se debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de recurrir a la remisión prejudicial para cuestiones de interpretación o validez del Derecho de la Unión”.

---

que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”; y en su apartado 4, advierte que “en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”.

<sup>14</sup> La CC trajo a colación, como único apoyo a su tradición constitucional de considerar la prescripción como parte del Derecho penal material e incluida, en consecuencia, en el radio de acción del principio de legalidad, el ordenamiento jurídico español, representado por la STC 63/2005, de 14 de marzo (aunque más representativa habría resultado, por ejemplo, la STC 29/2008, de 20 de febrero, que se refirió expresamente a la prescripción en el ámbito punitivo como “un instituto regulado por normas penales, perteneciente al Derecho penal material”; cfr. en la misma línea la STS de 20 de abril de 2018, N. de Recurso: 1826/2017, N. de Resolución: 189/2018).

<sup>15</sup> Cfr. Autos del TC 168/2016, de 4 de octubre, y 204/2016, de 13 de diciembre.

<sup>16</sup> Con palabras de nuestro TC: “Al disponer los arts. 163 CE y 35.1 LOTC que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse siempre a una norma legal *aplicable al caso*, ha de entenderse que la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE; la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta sólo sería admisible si se ha descartado la posibilidad de que la ley cuestionada sea incompatible con el Derecho de la Unión y, en consecuencia, inaplicable”.

<sup>17</sup> Léase “en un contexto incluido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión” (cfr. artículo 51 CDFUE).

Tal imposición, en materia de derechos fundamentales, de la preferencia de la cuestión de inconstitucionalidad sobre la prejudicial, tenía como claro objetivo convertir al juez constitucional en el protagonista, en detrimento del juez ordinario, del diálogo con Luxemburgo, con el objetivo declarado de “asegurar que los derechos garantizados por la Carta europea sean interpretados en armonía con las tradiciones constitucionales, a las que también se refiere el art. 6 del Tratado de la Unión Europea y el art. 52, apartado 4, de la Carta, como fuentes relevantes en este ámbito”. “Todo ello”, puntualizaría la CC, “en un marco de cooperación constructiva y leal entre los distintos sistemas de garantía, en el que los Tribunales Constitucionales están llamados a potenciar el diálogo con el Tribunal de Justicia con el fin de asegurar la máxima salvaguardia de los derechos a nivel sistémico (artículo 53 CDFUE)”.

Habida cuenta de las muchas dudas que, a la luz de la jurisprudencia europea, planteaba la imposición descrita (ambiguamente relativizada mediante la salvedad final ya referida al “recurso a la remisión prejudicial para cuestiones de interpretación o validez del Derecho de la Unión”), la CC terminaría por suavizarla al máximo, recomendando en un primer momento la activación preferente de la cuestión de inconstitucionalidad en términos “orientativos” de “oportunidad”<sup>18</sup>, y puntualizando poco después, en relación con la salvedad recién transcrita, que todo ello habría de entenderse “sin perjuicio de la facultad del juez ordinario de proceder a la remisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE, *también* después del juicio incidental de constitucionalidad, y —si se cumplen las condiciones— de inaplicar, en el caso concreto sometido a su examen, la disposición nacional contraria a los derechos consagrados en la Carta”<sup>19</sup>.

Todo ello, por lo demás, aclarando la CC su disposición para utilizar la propia CDFUE como parámetro de constitucionalidad<sup>20</sup>, activando ella misma, llegado el caso, el diálogo prejudicial con Luxemburgo<sup>21</sup>, “con la finalidad” —volvería a insistir la CC— “de contribuir, por su parte, a hacer efectiva la posibilidad a que se refiere el art. 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), de que los correspondientes derechos fundamentales garantizados por el Derecho europeo, y en particular por la CDFUE, se interpreten en armonía con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, a las que también se refiere el art. 52, apartado 4, de la propia CDFUE como fuentes relevantes”.

---

<sup>18</sup> Sentencia 20/2019, de 21 de febrero.

<sup>19</sup> Sentencia 63/2019, de 21 de marzo.

<sup>20</sup> También aclararía la CC - o más bien, corregiría - la afirmación de su Sentencia 269/2017 según la cual los jueces conservarían la libertad “para inaplicar, finalizado el juicio incidental de constitucionalidad, la ley nacional en cuestión que haya superado el examen de constitucionalidad, cuando, *por otros motivos*, la juzguen contraria al Derecho de la Unión”. Tal afirmación, más que dudosamente compatible con la doctrina del TJUE (y claramente incompatible con ella tras la Sentencia dictada por el TJUE pocos días después, el 20 de diciembre de 2017, resolviendo el *asunto Global Starnet Ltd*, C-322/16), fue sustituida por la siguiente: finalizado el juicio incidental de inconstitucionalidad, “se entiende que los jueces ordinarios podrán someter al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la misma normativa, *cualquier cuestión prejudicial* que estimen necesaria”.

<sup>21</sup> “Esta Corte no podrá eximirse, eventualmente previa petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE, de dar respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad con los instrumentos que le son propios; instrumentos entre los que también se encuentra la declaración de inconstitucionalidad de la disposición considerada contraria a la Carta (y por tanto con los artículos 11 y 117, primer párrafo, de la Constitución), con la consiguiente eliminación del ordenamiento jurídico, con efectos *erga omnes*, de tal disposición”.

**13.** Del dicho al hecho: la CC volvería a dirigirse con la finalidad recién transcrita al TJUE, mediante Auto 117/2019, de 10 de mayo, cuestionando la compatibilidad con el derecho fundamental a guardar silencio de una normativa europea que obligaría a sancionar a quien se niega a responder a preguntas de la autoridad competente de las que pudiera resultar su propia responsabilidad por una infracción castigada con sanciones administrativas de carácter “punitivo”.

Concretamente, tras aludir al “recordado espíritu de cooperación leal entre los órganos jurisdiccionales nacionales y los europeos en la definición de niveles comunes de protección de los derechos fundamentales —objetivo primordial en una materia como la del presente asunto, que ha sido objeto de armonización normativa—”, la CC consideró que, “antes de decidir sobre la cuestión de inconstitucionalidad que se le ha planteado, es preciso interrogar al Tribunal de Justicia sobre la correcta interpretación y, en su caso, sobre la validez, a la luz de los artículos 47 y 48 de la Carta”, de la normativa europea<sup>22</sup> que estaría en el origen de la legislación nacional cuestionada<sup>23</sup>.

Espero completar con una Segunda Parte (II) la presente exposición, una vez que el TJUE se pronuncie sobre el asunto, registrado como *Consob* (C-481/19).

---

<sup>22</sup> Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) -aplicable *ratione temporis* - y del artículo 30, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión, que imponen a los Estados miembros la obligación de sancionar la falta de cooperación con la autoridad responsable de la supervisión del mercado.

<sup>23</sup> Decreto Legislativo n. 58/1998, de 24 de febrero, relativo a la protección de la actividad de supervisión del Banco de Italia y de la Comisión Nacional de Sociedades y Bolsa (CONSOB).