


The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a blue one on the right containing 'N'.

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

A bronze statue of a woman, likely representing Justice, holding a scale of justice. The statue is positioned on the left side of the cover. In the background, there are several European Union flags on poles, set against a clear blue sky.

ISSN 2240-7618

1/2019

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

Italy: Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITOR

Carlo Bray

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

Se desideri proporre una pubblicazione alla nostra rivista, invia una mail a editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

| | |
|--|--|
| DIRITTO PENALE EUROPEO <i>DERECHO PENAL</i> EUROPEO <i>EUROPEAN CRIMINAL</i> <i>LAW</i> | Granting Due Process of Law to Suspected and Accused Persons Involved in Parallel Criminal Proceedings in the EU 1 <i>Asegurar el derecho al debido proceso a investigados y acusados sujetos a procedimientos penales paralelos en la UE</i> <i>Assicurare il diritto al giusto processo agli indagati e agli imputati sottoposti a procedimenti penali paralleli nell'UE</i> Alejandro Hernández López |
| | Los tribunales ordinarios ante la primacía del Derecho de la UE y la protección de los derechos fundamentales 17 <i>I tribunali ordinari dinanzi alla primazia del diritto dell'UE e alla tutela dei diritti fondamentali</i> <i>Ordinary Courts before the Primacy of EU Law and the Protection of Fundamental Rights</i> Annalisa Lucifora |
| | Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca 34 <i>El reglamento (UE) 2018/1805 para el recíproco reconocimiento de los procesos de congelamiento de activos y comiso</i> <i>The EU Regulation 2018/1805 for the Mutual Recognition of Freezing Measures and Confiscation</i> Maugeri |
| | Uno, nessuno, ventidue. Ovvero l'incertezza del diritto nel contrasto delle frodi eurounitarie 61 <i>Uno, ninguno, veintidós. O la incerteza del derecho en el combate a los fraudes eurounitarios</i> <i>One, No One, Twenty Two. Namely, the Legal Uncertainty in Fighting EU Frauds</i> Rosaria Sicurella |
| | "Ce lo chiede (anche) l'Europa!": Regole d'ingaggio per la forza pubblica 84 <i>"¿Lo pide (también) Europa!": Reglas de enfrentamiento para la fuerza pública</i> <i>"Europe (too) is asking for it!": Rules of engagement for law enforcement officers</i> Matteo Tondini |

| | | |
|--------------------|---|-----|
| L'OBBIETTIVO SU... | Reati culturalmente motivati | 98 |
| OBJETIVO SOBRE... | <i>Delitos culturalmente motivados</i> | |
| FOCUS ON... | <i>Culturally Motivated Crimes</i> Fabio Basile | |
| | Le “parole preparatorie”. I reati antiterrorismo di parola nell’era dei new media | 104 |
| | <i>Las “palabras preparatorias”. Los delitos antiterrorismo de palabra en la era de los nuevos medios de comunicación</i> | |
| | <i>Crimes of Word. Anti-terrorism Offences of Word in the Age of the Means of Communication</i> Fabio Fasani | |
| | Il profiling dell’autore di reato | 142 |
| | <i>La caracterización del autor del delito</i> | |
| | <i>The Profiling of the Offender</i> Luca Lupária | |
| | Crimine organizzato e corruzione: dall’attrazione elettiva alle convergenze repressive | 158 |
| | <i>Crimen organizado y corrupción.</i> | |
| | <i>De la atracción electiva a las convergencias represivas</i> | |
| | <i>Organised Crime and Corruption: from Elective Attraction to Enforcement Convergence</i> Vincenzo Mongillo | |
| | Circa alcune aporie della teoria della pena nel diritto penale continentale* | 192 |
| | <i>Sobre algunas aporías de la teoría de la pena en el derecho penal continental</i> | |
| | <i>About Some Aporias of the Theory of Punishment in Continental Criminal Law</i> Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno | |
| | Riserva di codice o di legge organica: significato, questioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale | 206 |
| | <i>Reserva de código o de ley orgánica: significado, cuestiones de legitimidad constitucional e impacto en el sistema penal</i> | |
| | <i>Reservation to the Criminal Code or to a Consolidated Law: Meaning, Constitutionality and Impact on the Criminal Law System</i> Carlo Ruga Riva | |

DIRITTO PENALE EUROPEO
DERECHO PENAL EUROPEO
EUROPEAN CRIMINAL LAW

Los tribunales ordinarios ante la primacía del Derecho de la UE y la protección de los derechos fundamentales

I tribunali ordinari dinanzi alla primazia del diritto dell'UE e alla tutela dei diritti fondamentali

Ordinary Courts before the Primacy of EU Law and the Protection of Fundamental Rights

ANNALISA LUCIFORA

*InterTalentum – Marie Curie Fellow, Universidad Autónoma de Madrid
annalisa.lucifora@uam.es*

DIRITTO UE,
DIRITTI FONDAMENTALI, TARICCO

DERECHO UE,
DERECHOS FUNDAMENTALS, TARICCO

EU LAW,
FUNDAMENTAL RIGHTS, TARICCO

ABSTRACTS

El presente artículo se centra en el creciente papel de los tribunales ordinarios en la aplicación del Derecho de la UE. Desde las sentencias *Simmenthal* y *Costa c. E.N.E.L.*, estos tribunales están llamados a dejar sin aplicación cualquier disposición doméstica que resulte en contradicción con las disposiciones directamente aplicables de la UE. Sin embargo, estas obligaciones pueden resultar problemáticas en casos penales. Recientemente, el asunto *Taricco* ha vuelto a poner esta cuestión en el punto de mira, evidenciando que la eliminación de contradicciones entre el Derecho doméstico y el Derecho de la UE puede dar lugar a la violación de principios constitucionales del Derecho penal. Al mismo tiempo, el caso *Taricco* cuestiona la relación entre la primacía del Derecho de la UE y el nivel nacional de la protección de los derechos fundamentales, cuestión que debe ser abordada a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 31 de mayo de 2018.

Il *paper* si concentra sul crescente ruolo dei tribunali ordinari nell'applicazione del diritto dell'Unione europea. Dalle sentenze *Simmenthal* e *Costa c. E.N.E.L.*, questi tribunali sono chiamati a lasciare senza applicazione qualsiasi disposizione interna che risulti in contraddizione con le disposizioni direttamente applicabili dell'ordinamento dell'UE. Tale obbligo, tuttavia, può risultare problematico in relazione al diritto penale. Recentemente, *l'affaire Taricco* ha nuovamente posto in rilievo questo tema, evidenziando che l'eliminazione delle contraddizioni tra il diritto interno e il diritto dell'UE può dar luogo alla violazione dei principi costituzionali inerenti il diritto penale. Allo stesso tempo, il caso *Taricco* ha messo in discussione la relazione tra la primazia del diritto dell'UE e il livello nazionale di tutela dei diritti fondamentali, questione che deve essere affrontata alla luce della sentenza del 31 maggio 2018 della Corte costituzionale.

The paper focuses on the increasing role played by ordinary courts in the implementation of EU law. Since *Simmenthal and Costa v. E.N.E.L.* judgments, these courts are called upon to set aside any domestic provision in conflict with the directly enforceable provisions of EU law. This obligation, however, may prove problematic with respect to criminal law. Recently, the *Taricco affaire* has once again brought out this topic, by highlighting that the removal of the inconsistencies between the domestic law and the EU law may infringe upon the constitutional principles concerning criminal law. At the same time, the *Taricco* case has questioned the relationship between the primacy of the EU law and the national threshold of protection of fundamental rights. Such a question needs to be faced in the light of the judgment delivered by the Constitutional Court on 31 May 2018.

SOMMARIO

1. El rol de los tribunales ordinarios a la luz de la saga “Taricco”. – 2. Las obligaciones de los tribunales ordinarios derivadas del Derecho de la UE. – 3. Límites a la efectiva aplicación del Derecho de la UE en materia penal. – 4. La tensión entre la primacía del Derecho de la UE y el nivel nacional de protección de los derechos fundamentales. – 5. Conclusiones.

1.

El rol de los tribunales ordinarios a la luz de la saga “Taricco”.

El debate sobre la relación entre el ordenamiento jurídico europeo y el derecho penal nacional, en el centro de atención a raíz del caso *Taricco*¹, otorga una especial relevancia a los tribunales ordinarios en tanto que vehículos principales del Derecho de la UE en los ordenamientos jurídicos nacionales. De hecho, en casos de ausencia o insuficiencias en la legislación, una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acude a los tribunales nacionales para asegurar una cooperación leal y una aplicación uniforme del Derecho de la UE en todos los Estados miembros, así como una adecuada protección de los derechos que el ordenamiento jurídico de la UE reconoce a los individuos. Más concretamente, desde las célebres sentencias *Simmenthal*² y *Costa c. E.N.E.L.*³, estos tribunales están llamados, en cumplimiento de su deber de cooperación leal recogido en el artículo 4(3) del TUE, a examinar la legislación nacional y a dejar sin aplicación cualquier disposición doméstica que resulte en contradicción con las disposiciones directamente aplicables de la UE, sin esperar un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional que confirme la existencia de incompatibilidades entre ambas⁴.

Aplicando lo anterior al caso *Taricco*, en la sentencia de 8 de septiembre de 2015, el TJUE afirmó que, en el caso de que un tribunal doméstico llegue a la conclusión de que las disposiciones nacionales sobre plazos de prescripción no cumplen con los requisitos del Derecho de la UE de ofrecer protección efectiva a los intereses financieros de la UE, el tribunal tendrá que garantizar la plena aplicación del Derecho europeo, incluso si ello implica dejar sin aplicación la legislación nacional, modificando el régimen anterior sobre plazos de prescripción en perjuicio del acusado. Esto puede llevarse a cabo sin necesidad de solicitar o esperar la previa derogación de aquellas disposiciones a través de una ley o mediante cualquier otro procedimiento constitucional⁵. En concreto, en el párr. 58, el TJUE reiteró que cuando una normativa nacional “impida imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión, o establezca en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate plazos de prescripción más largos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros de la Unión, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional”, el tribunal deberá aplicar plenamente el Derecho de la UE, “dejando si es preciso sin aplicación las disposiciones del Derecho nacional que impidan al Estado miembro de que se trata dar cumplimiento a las obligaciones que le imponen los artículos 325(1) y (2) del TFUE”⁶.

En el caso que nos ocupa, previa confirmación del tribunal doméstico, la obligación de dejar sin aplicación las disposiciones en conflicto con la normativa de la UE afectaría a las normas sobre plazos de prescripción contenidas en el Código Penal italiano, que, de acuerdo con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, tienen naturaleza material y entran por consiguiente en el ámbito del principio de legalidad, recogido en el artículo 25 de

¹ Para un cuadro de la saga *Taricco*, véase el reciente volumen de AMALFITANO (ed.) (2018); GRASSO (2018), pp. 1-30.

² TJUE, 9 de marzo de 1978, C-106/77, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49.

³ TJUE, 15 de julio de 1964, C-6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66.

⁴ Sobre el papel desempeñado por los tribunales ordinarios en el ordenamiento jurídico de la UE, véase SICURELLA (2005), p. 28.

⁵ TJUE, 8 de septiembre de 2015, C-105/14, *Taricco*, ECLI:EU:C:2015:555, párr. 49. Para un comentario sobre esta sentencia, véase, con acentos muy diferentes, VIGANÒ (2015), pp. 1-16; VENEGONI (2015), pp. 1-11; MANACORDA (2015), pp. 867-873; EUSEBI (2015), pp. 40-45; SALCUNI (2015), pp. 1-15; CAIANIELLO (2016), pp. 1-17; LUPO (2016), pp. 217-227; MANES (2016), pp. 203-231; PICOTTI (2016), pp. 1-23; ROSSI (2016), pp. 376-410; GIUFFRIDA (2016), pp. 100-112; SICURELLA (2017), pp. 409-412; GRASSO (2018), pp. 2-4.

⁶ El artículo 325(1) del TFUE exige a los Estados miembros que combatan toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión Europea mediante medidas disuasorias y eficaces; el artículo 325(2) exigen que adopten, para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión, las mismas medidas adoptadas para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. Estas disposiciones son el resultado de diversas modificaciones del artículo 209A TCE, introducido por el Tratado de Maastricht en el primer pilar, con el objetivo de incorporar los principios expresados en la conocida sentencia del maíz griego de 1989 (TJUE, 21 de septiembre de 1989, C-68/88, *Comisión c. República Helénica*, EU:C:1989:339).

la Constitución. De lo anterior se desprende que la imposición de una “obligación de resultado precisa”⁷ que surge del Derecho primario de la UE podría violar el principio de legalidad y entrar en conflicto con los principios fundamentales básicos del ordenamiento jurídico italiano.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional, mediante el planteamiento de una nueva cuestión preliminar relativa a la interpretación del artículo 325(1) y (2) del TFUE⁸, y usando un tono aparentemente conciliador, solicitó al TJUE la aclaración del alcance de su decisión en el caso *Taricco* en relación a la obligación del juez de dejar sin aplicación la legislación nacional⁹. Tal y como ha subrayado el Tribunal Constitucional, la inaplicación impuesta por el TJUE entrañaba, por un lado, un riesgo de violación del principio de legalidad, en tanto que podría haber generado incertidumbre e imprecisión jurídica en relación a la normativa de prescripción aplicable, y por otro lado, una ampliación de los poderes del juez, llamado a identificar aquellas circunstancias en las que la inaplicación ha lugar, siguiendo criterios ambiguos y vagos. Así, tal y como ha señalado la doctrina¹⁰, ni el artículo 325 del TFUE proporciona a los tribunales penales indicaciones lo suficientemente detalladas acerca de cómo proceder, ni el TJUE ha establecido criterios para determinar cuándo el número de casos se considera suficientemente significativo o qué constituye un fraude grave.

En la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2017 en el asunto *M.A.S. y M.B.*¹¹, el TJUE comparó directamente las cuestiones planteadas por el Tribunal Constitucional con el objetivo de encontrar un equilibrio entre la obligación de proteger los intereses financieros de la UE y el principio de legalidad, tal y como está regulado en el ordenamiento jurídico italiano. Es más, el TJUE llegó a una conclusión que podría mitigar el riesgo de choque con el Tribunal Constitucional en tanto que condiciona la obligación de inaplicar la normativa italiana sobre plazos de prescripción al examen por parte del tribunal doméstico de las consecuencias de tal inaplicación, que en ningún caso deben suponer una violación del principio de legalidad. Tras recordar la importancia de este principio en relación a los requisitos de previsibilidad, precisión e irretroactividad del Derecho penal, tanto en el ordenamiento jurídico de la UE como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el TJUE muestra una mayor sensibilidad hacia los asuntos en juego, afirmando que “*la necesidad de garantizar que los recursos de la Unión se perciban de forma eficaz no puede ir en contra del respeto de este principio*”¹².

Además, el TJUE permite que la normativa sobre plazos de prescripción recogida en el ordenamiento jurídico italiano esté amparada por el principio de legalidad; por lo tanto, los requisitos de previsibilidad, de precisión y de irretroactividad inherentes al principio de legalidad se aplican, en el ordenamiento italiano, también al régimen de prescripción relativo a las infracciones penales en materia del IVA¹³. Tal y como ha señalado el TJUE, la protección de los intereses financieros de la UE a través del Derecho penal es una competencia compartida entre la propia UE y los Estados miembros, y en el momento en el que se cometieron los hechos controvertidos en el procedimiento *Taricco* no había ninguna ley de armonización que estableciera cuál era la normativa de plazos de prescripción aplicable a los procesos penales relacionados con el IVA. Como consecuencia de ello, Italia gozaba de un cierto margen de maniobra en este campo. Sin embargo, el TJUE puntualiza que tras la adopción de la Directiva (UE) 2017/1371 de 5 de julio de 2017, que armoniza parcialmente esta normativa, la situación sería distinta.

De lo anterior se desprende que, por un lado, según el TJUE, el requisito de la irretroactividad, que formaría parte del principio de legalidad, limitaría la aplicación de la sentencia *Taricco* a aquellos delitos cometidos después del 8 de septiembre de 2015. Por otro lado, se infiere que corresponde al tribunal nacional verificar si la apreciación exigida por el apartado 58 de la sentencia *Taricco*, conforme a la cual las disposiciones del Código Penal controvertidas impiden

⁷ TJUE, *Taricco*, párr. 51.

⁸ Tribunal Constitucional italiano, Resolución no. 24/2017. Esta Resolución ha sido objeto de un amplio debate; véase BERNARDI (2017a), pp. 48-85; BERNARDI A. y CUPELLI C. (2017); POLLICINO y BASSINI (2017), pp. 206-211; GAMBARDELLA (2017), pp. 1334-1357; PALAZZO (2017), pp. 285-289; GRASSO (2018), pp. 5-10.

⁹ Sobre el aparente tono “amistoso” del Tribunal Constitucional, véase VIGANÒ (2017b), p. 476; SICURELLA (2017), p. 406; KOSTORIS (2017), pp. 197-211; MANES (2017), p. 207.

¹⁰ SALCUNI (2015), p. 5; EUSEBI (2015), p. 40-45; CAIANIELLO (2016), p. 13; MANES (2016), p. 212. El enorme poder que se pondría en manos de los jueces también fue subrayado por PULITANÒ (2016), p. 236.

¹¹ TJUE, 5 de diciembre de 2017, C-42/17, *M.A.S. y M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936. En relación a esta sentencia, véase CUPELLI (2017), pp. 177-185; VIGANÒ (2017c), pp. 1281-1314; VIGANÒ (2018), pp. 18-23; GAMBARDELLA (2018b), pp. 106-130; MANACORDA (2017), p. 406-408; GRASSO (2018), pp. 10-11.

¹² TJUE, *M.A.S. y M.B.*, párr. 52.

¹³ TJUE, *M.A.S. y M.B.*, párr. 58.

imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afectan a los intereses financieros de la Unión, conduce a una situación de incertidumbre en el ordenamiento jurídico italiano (§ 59). De ser así, el juez nacional no está obligado a dejar sin aplicación las disposiciones del Código Penal controvertidas.

Por ende, el TJUE exige que los tribunales nacionales comprueben la compatibilidad de la regla *Taricco* con el principio de legalidad, confirmando así el creciente papel de los tribunales ordinarios en la aplicación del derecho de la UE en los ordenamientos jurídicos nacionales. Si bien es cierto que el TJUE no especifica si tal control compete al juez ordinario o al juez constitucional, de una interpretación conjunta de ambas sentencias (concretamente, el § 46 de la sentencia *M.A.S. y M.B.*, que alude al § 53 de la sentencia *Taricco*) se infiere que la garantía del respeto de los derechos humanos se atribuye fundamentalmente al tribunal ordinario.

Mientras el TJUE confirma de este modo el papel fundamental de los tribunales ordinarios, el Tribunal Constitucional italiano, recientemente llamado a pronunciarse nuevamente sobre el alcance y los límites de la regla *Taricco* a través de la sentencia de 31 de mayo de 2018¹⁴, ha querido reafirmar su papel en esta cuestión. Así, en el § 8 del citado pronunciamiento, el citado órgano reivindica la comprobación de la potencial contradicción entre el Derecho de la UE, los principios superiores del ordenamiento constitucional y los derechos inalienables como competencia exclusiva suya. De este modo, el órgano constitucional reduce notablemente el papel del tribunal ordinario, cuyo rol pasa a limitarse al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación a la norma doméstica que incorpora la normativa europea fuente de la contradicción.

Este resumen del caso *Taricco* pone de manifiesto el difícil papel del tribunal ordinario con respecto a sus relaciones con el TJUE, por un lado, y con el Tribunal Constitucional, por otro. Sin embargo, también muestra el peligro de que el papel desempeñado por estos tribunales contribuya a una posible ruptura del equilibrio doméstico y pone de manifiesto la necesidad de que se investiguen con urgencia las obligaciones que la UE impone a los tribunales ordinarios (§ 2). El impacto que tales obligaciones pueden tener sobre el ordenamiento jurídico nacional exige reflexionar acerca de la posibilidad de introducir algunos límites, especialmente en materia penal (§ 3). El caso *Taricco* es también una ocasión sin precedentes para repensar el alcance del deber de garantizar la eficacia del Derecho de la UE en el marco de un sistema multilateral de protección de los derechos fundamentales (§ 4).

2. Las obligaciones de los tribunales ordinarios derivadas del Derecho de la UE.

En virtud del deber de cooperación leal recogido en el artículo 4(3) del TUE, los Estados miembros deberán garantizar la aplicación del Derecho de la UE, así como el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Estas obligaciones afectan no solo al poder legislativo de los Estados miembros¹⁵, sino también a los jueces nacionales, que pueden considerarse los “guardianes” y los “tribunales ordinarios” del ordenamiento jurídico de la UE. Sin duda, compete, en primer lugar a los tribunales ordinarios, apoyados por el TJUE, garantizar la cooperación leal y por ende la eficacia del Derecho de la UE en todos los Estados miembros, así como la tutela judicial de los derechos reconocidos a los individuos por este ordenamiento jurídico. Tal y como ha subrayado el TJUE en relación con la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales *ex* artículo 267 del TFUE, “las funciones atribuidas respectivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia son esenciales para la preservación de la naturaleza misma del Derecho

¹⁴ Tribunal Constitucional, sentencia de 31 de mayo de 2018, n. 115. El Tribunal se pronuncia acerca de las cuestiones de inconstitucionalidad, presentadas por parte del Tribunal Supremo y del Tribunal de segunda instancia de Milán, en relación a la legislación nacional que, en aplicación del artículo 325 TFUE, incorpora al ordenamiento jurídico italiano la regla *Taricco*. Para un comentario sobre esta sentencia, véase CUPPELLI (2018), pp. 227-237; CAIANIELLO (2018), pp. 1908-1925; GAMBARDILLA (2018a), pp. 2786-2795; LUCIANI (2018), pp. 1281-1288; PULITANO (2018), pp. 1289-1294; MAZZACUVA (2018), pp. 651-673.

¹⁵ Para una visión más amplia de las obligaciones que se desprenden del deber de cooperación leal en relación al poder legislativo a nivel de Estados miembros, véase SCALIA (2017), pp. 295-324.

establecido por los Tratados¹⁶.

A tal fin, los tribunales ordinarios recurren fundamentalmente a dejar sin aplicación las disposiciones nacionales que estén en conflicto con las disposiciones europeas y a la interpretación uniforme¹⁷, lo que, en algunos casos, puede venir precedido del plantamiento de una cuestión prejudicial al TJUE. El recurso a estos instrumentos hace del tribunal ordinario el guardián principal de la primacía del Derecho de la UE¹⁸. De hecho, la eficacia de este Derecho se vería seriamente amenazada si se le impidiera a los tribunales ordinarios su aplicación directa de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE. Por consiguiente, a partir de la célebre sentencia *Simmmenthal*, se establece que todos los jueces nacionales “están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares” y a dejar “sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria”¹⁹.

En el asunto *Costa c. Enel*, el TJUE ya había afirmado que los términos y el espíritu del Tratado “tienen como corolario la imposibilidad de los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior”²⁰; sin embargo, en esta sentencia el Tribunal no llegó a establecer ninguna distinción entre la legislación preexistente y aquella adoptada con posterioridad. En cambio, en el caso *Simmmenthal*, el TJUE aclaró las consecuencias del principio de supremacía, afirmando que las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto “no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también (...) impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias”²¹.

El TJUE también subrayó que el tribunal ordinario no está obligado a solicitar o a esperar la derogación efectiva, mediante ley u otro mecanismo constitucional, de una disposición nacional incompatible con las normas de la UE²². Ello ha tenido como resultado que los tribunales constitucionales nacionales hayan sido percibidos a menudo como situados al margen del ordenamiento jurídico de la UE²³. Efectivamente, de una atenta observación del sistema jurídico de la UE se infiere que el papel principal en la aplicación diaria del Derecho de la UE corresponde a los tribunales ordinarios. Por ende, debido a su función y a la actividad ordinaria que desempeñan, solo ellos pueden garantizar la continua aplicación (con efecto directo) de las disposiciones jurídicas de la UE en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Sin embargo, los tribunales constitucionales desempeñan también un papel importante en la aplicación del Derecho de la UE. En concreto, deben garantizar el respeto de las condiciones generales recogidas a nivel constitucional como presupuesto para la participación de los respectivos Estados en la UE. Más precisamente, han de controlar que las autoridades nacionales respeten las “cláusulas europeas” que, al estar recogidas a nivel constitucional, tienen rango de obligaciones constitucionales²⁴.

Asimismo, se ha aludido ya al hecho de que como consecuencia de la primacía del Derecho de la UE, el tribunal ordinario está obligado a interpretar la legislación doméstica de acuerdo con el Derecho europeo, con el fin de asegurar su plena eficacia²⁵. Se trata de un “deber inherente al régimen del Tratado”²⁶, en tanto que exige que el órgano jurisdiccional nacional proporcione a los particulares una tutela judicial efectiva y que garantice la plena eficacia del Derecho de la UE. El TJUE ha extendido esta obligación interpretativa, inicialmente desarrollada para garantizar la plena eficacia de las directivas – a la vez que excluía sus posibles “efectos hori-

¹⁶ Dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011 del TJUE conforme al artículo 218(11) TFEU sobre la compatibilidad del proyecto de acuerdo para crear un sistema unificado de resolución de litigios sobre patentes con el TUE y el TFUE, párr. 85.

¹⁷ Para una visión más amplia de los principales instrumentos utilizados por los tribunales ordinarios para garantizar el deber de cooperación leal y aplicación uniforme del derecho de la UE, véase LUCIFORA (2017), pp. 325-349.

¹⁸ CLAES (2006), p. 3.

¹⁹ TJUE, *Simmmenthal*, párr. 21.

²⁰ TJUE, *Costa c. E.N.E.L.*, p. 1144.

²¹ TJUE, *Simmmenthal*, párr. 17.

²² TJUE, *Simmmenthal*, párr. 26.

²³ KOMÁREK (2013), p. 421.

²⁴ CARTABIA (2015), p. 1791.

²⁵ Véase el destacado caso *Von Colson y Kamann* (TJUE, 10 de abril de 1984, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153), donde el TJUE vincula expresamente el deber de coherencia interpretativa al artículo 249(3) EC y al principio de cooperación leal recogido en el artículo 10 EC (actualmente artículo 4(3) TUE).

²⁶ TJUE, 5 de octubre de 2004, C-397/01, *Pfeiffer*, ECLI:EU:C:2004:584, párr. 114.

zontales directos²⁷- 1) al Derecho de la UE directamente aplicable o con efecto directo, como los reglamentos²⁸ y disposiciones contenidas en los Tratados²⁹; 2) a los actos no vinculantes de la UE, tales como las Recomendaciones³⁰; y 3) a los actos del Tercer Pilar, tales como las Decisiones Marco³¹. Para todos estos actos, en cualquier supuesto de potencial conflicto con una norma doméstica y siempre que existieran varias interpretaciones de una norma interna, el juez nacional estaría obligado a optar por aquella interpretación que evite un conflicto con las disposiciones de la UE.

La labor del tribunal ordinario resulta por tanto esencial a la hora de garantizar la eficacia del Derecho de la UE. Es más, con las citadas obligaciones que vinculan al poder judicial se espera fomentar la creación de un entorno de confianza y cooperación mutua entre los tribunales ordinarios y el TJUE, entorno que sin embargo no caracteriza la relación entre estos tribunales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello responde a que este último entra en acción únicamente cuando se han agotados todos los recursos internos. Además, ambos órganos tienen atribuidas funciones distintas dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales³².

La importancia otorgada al poder judicial a nivel del ordenamiento jurídico de la UE demuestra la especial naturaleza del régimen jurídico de la UE, que, a raíz de las sentencias *Van Gend y Loos*³³ y *Costa c. E.N.E.L.*³⁴, pasó de ser pura ley interestatal a transformarse en un cuerpo normativo que regula los derechos y responsabilidades de los particulares. Si la Unión Europea es la “integración de derecho a través del derecho”, el poder judicial debería tener su propia voz, “alejada del escenario político y únicamente ligada a la voluntad del derecho”³⁵.

Independientemente de la rama jurídica aplicable al caso sobre el que deben pronunciarse los tribunales ordinarios, se les atribuye un papel crucial en la aplicación del Derecho de la UE. En efecto, la primacía de las disposiciones de Derecho de la UE directamente aplicables debe ser entendida de forma integral. De lo contrario, la exclusión de algunas ramas del Derecho doméstico podría dar lugar a una limitación en el ámbito de la aplicación del Derecho de la UE “camuflando como ley penal ciertas áreas de la ley que tienen un impacto en el ámbito económico”³⁶, lo cual tendría efectos incompatibles con el concepto de mercado común y la aplicación uniforme del Derecho de la UE. Por ende, el deber de dejar sin aplicación las disposiciones en conflicto es aplicable tanto a los casos civiles como a los asuntos penales, aunque puede resultar problemático con respecto a estos últimos. Ello responde al riesgo de que mediante la eliminación de una incompatibilidad entre la legislación doméstica y el Derecho de la UE, se violen principios constitucionales del Derecho penal, lo cual explica la exigencia de llevar a cabo una investigación exhaustiva en aquellos casos en los que haya que conciliar el citado deber con las garantías fundamentales del Derecho penal.

²⁷ Tal y como afirmó el TJUE en el asunto *Marshall* (TJUE, 26 de febrero de 1986, C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84) y confirmó en el asunto *Faccini Dori* (TJUE, 14 de julio de 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292), una directiva no puede tener “efecto directo horizontal” entre dos particulares: no puede ser invocada como base para una acción legal dirigida a hacer respetar los derechos recogidos en la misma, así como como no puede ser utilizada contra otra parte privada.

²⁸ TJUE, 7 de enero de 2004, C-60/02, X, ECLI:EU:C:2004:10.

²⁹ TJUE, 4 de febrero de 1988, C-157/86, *Murphy/An Bord Telecom Eireann*, ECLI:EU:C:1988:62.

³⁰ TJUE, 13 de diciembre de 1989, C-322/88, *Grimaldi*, ECLI:EU:C:1989:646, donde el TJUE sostiene que “los jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de las disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante”. Sin embargo, si – y hasta qué punto – el Derecho interno está sujeto a la obligación de interpretación uniforme en relación a las recomendaciones sigue siendo objeto de debate.

³¹ TJUE, 16 de junio de 2005, C-105/03, *Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386. En el párr. 43, el TJUE afirma que “el principio de interpretación conforme se impone respecto de las Decisiones Marco adoptadas en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea. Cuando aplica el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión Marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión Marco y de esta forma atenerse al artículo 34(2) (b) UE”.

³² CONTI (2017), p. 87.

³³ TJUE, 5 de febrero de 1963, C-26/62, *Van Gend y Loos*, ECLI:EU:C:1963:1. Según el TJUE, el Derecho de la UE “al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico”.

³⁴ TJUE, 15 de julio de 1964.

³⁵ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 25 de junio de 2008, asunto C-205/08, ECLI:EU:C:2009:397, párr. 29.

³⁶ Conclusiones Generales del Abogado General Roemer presentadas el 23 de febrero de 1972, asunto C-82/71, ECLI:EU:C:1972:10.

3. Límites a la efectiva aplicación del Derecho de la UE en materia penal.

La obligación de los tribunales ordinarios de garantizar la primacía del Derecho de la UE está limitada por el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), reconocido como derecho fundamental tanto en la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 7) como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, artículo 49)³⁷. Se trata también de un principio general de Derecho de la UE, común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Según este principio, nadie puede ser condenado por una acción que, en el momento de su comisión, no constituya una infracción según el Derecho vigente. Del mismo modo, no se pueden aplicar penas que no estuvieran recogidas en el ordenamiento jurídico doméstico en el momento de la comisión de la infracción.

El TJUE ha invocado este límite a la aplicación del Derecho de la UE por parte de los Estados miembros cuando la obligación del órgano judicial de dejar sin efecto una disposición en conflicto con la normativa europea daba lugar a la aplicación retroactiva de una norma penal, a una interpretación analógica contraria al reo o, en general, a una extensión de la responsabilidad penal del individuo. En tales casos, el TJUE afirma de manera reiterada que, en virtud del principio de legalidad, la aplicación de los requisitos del Derecho de la UE no puede determinar o agravar la responsabilidad penal de los individuos³⁸. La falta de reconocimiento al poder legislativo europeo en el Tratado de Lisboa de plenas competencias para adoptar disposiciones penales explica el surgimiento de la situación anteriormente descrita³⁹.

Sin embargo, a partir de las sentencias *Tombesi*⁴⁰ y *Niselli*⁴¹, el TJUE parece haber comenzado a admitir que, de la aplicación del Derecho de la UE, puedan derivarse efectos perjudiciales para el individuo. En el asunto *Niselli* – donde la introducción de una nueva disposición que contenía una interpretación restrictiva del concepto de residuo implicó, en contra de las obligaciones europeas de protección adecuada, una reducción de las disposiciones penales basadas en ese concepto – se descartó un conflicto con el principio de legalidad en tanto que, según el TJUE, en el momento de la comisión de los hechos que dieron lugar al proceso penal, resultaba a todas luces evidente que los mismos podían ser constitutivos de delito con arreglo al Derecho vigente. Por consiguiente, en este caso, la aplicación directa del Derecho de la UE tuvo como consecuencia la ultractividad del Derecho nacional existente y, por ende, de la responsabilidad penal individual.

La doctrina reaccionó con desconcierto ante la sentencia *Niselli*, proponiendo a raíz de la misma la posibilidad de recurrir a los llamados “contralímites”. En todo caso, menos de un año después, la sentencia del caso *Berlusconi* levantó un baluarte en contra de cualquier endurecimiento del sistema penal interno en ausencia de un pronunciamiento por parte del legislador nacional⁴². En el citado pronunciamiento, el TJUE puso de manifiesto que dejar sin aplicación las disposiciones del Código Civil italiano como consecuencia de su incompatibilidad con la Primera Directiva sobre Derecho de Sociedades, podría suponer la aplicación de una sanción penal mucho más grave, como la recogida en el antiguo artículo 2621 del citado Código, vigente en el momento de la comisión de los hechos. Esta posibilidad fue excluida en tanto que “sería contraria a los límites resultantes de la propia naturaleza de cualquier Directiva”⁴³.

Esta cuestión fue nuevamente traída a colación en el asunto *Taricco*. Inicialmente, en su sentencia de 8 de septiembre de 2015, el TJUE afirmó que dejar sin aplicación la normativa italiana sobre plazos de prescripción no violaba el principio *nulla poena sine lege*⁴⁴. En efecto, si bien la inaplicación habría permitido imponer una sanción penal en circunstancias que no es-

³⁷ Para un estudio multidisciplinar, detallado y práctico sobre el principio de legalidad penal, véase MANZANO PÉREZ M. y LASCURAÍN SÁNCHEZ J.A. (eds), MINGUEZ ROSIQUE (coord.) (2016).

³⁸ Véase TJUE, 11 de junio de 1987, C-14/86, *Pretoire di Salò*, ECLI:EU:C:1987:275, párr. 20; CJEU, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, párrs. 13-14; TJUE, 26 de septiembre de 1996, C-168/95, *Arcaro*, párrs. 35-37; TJUE, 3 de mayo de 2005, C-387/02, *Berlusconi*, párr. 74, ECLI:EU:C:2005:270; TJUE, *Pupino*, párr. 45; TJUE, *X*, párr. 61.

³⁹ Véase, en este sentido, GRASSO (2008), p. 5; SICURELLA (2013), pp. 870-904.

⁴⁰ TJUE, 25 de junio de 1997, C-304/94, *Tombesi*, ECLI:EU:C:1997:314.

⁴¹ TJUE, 11 de noviembre de 2004, C-457/0, *Niselli*, ECLI:EU:C:2004:707.

⁴² TJUE, *Berlusconi*. Este caso abordó la reforma de disposiciones materiales del Derecho penal nacional que dio lugar, *inter alia*, a penas más leves y que tuvo por ende un impacto indirecto en los plazos de prescripción de los procesos.

⁴³ TJUE, *Berlusconi*, párr. 77.

⁴⁴ Sobre los posibles efectos de la sentencia en el asunto *Taricco* sobre el principio de legalidad, véase SICURELLA (2017), p. 410; GIUFFRIDA (2016), p. 109. Viganò, por otra parte no ve violación alguna del principio *nulla poena*; en este sentido, véase VIGANÒ (2017a), p. 120.

taban permitidas por la legislación nacional, tanto el TJUE como el AG Kokott consideraron 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*”⁴⁵. Dado que, en este caso, el efecto principal de la inaplicación sería el de impedir que se acortara el plazo de prescripción general en el marco de un procedimiento penal pendiente, el TJUE descartó una posible violación de los derechos del acusado, tal y como están regulados en el artículo 49 de la CDFUE (párr. 55). Por lo tanto, de acuerdo con la sentencia del TJUE en el asunto *Taricco*, el principio de legalidad no puede ser invocado para impedir que los tribunales nacionales cumplan con su obligación de garantizar la plena eficacia del Derecho de la UE.

Algunos autores han señalado que, de este modo, el TJUE ha afirmado de manera contundente que la soberanía nacional en materia penal puede ser limitada en aras de la efectiva aplicación del Derecho de la UE⁴⁶. Según esta corriente, la sentencia en el asunto *Taricco* ha dado instrucciones claras en relación a la inaplicación en tanto que exige al tribunal doméstico dejar sin efecto las disposiciones nacionales sobre plazos de prescripción, incluso cuando ello pueda ir en perjuicio del acusado.

Sin embargo, la citada sentencia puede ser interpretada de otra manera. Lo anteriormente afirmado puede ser mitigado por el contenido del párrafo 53, en el que el TJUE alude expresamente al deber del tribunal nacional de comprobar que se respetan los derechos fundamentales del acusado. Ello explica que algunos autores hayan entendido que esta sentencia, lejos de imponer una obligación automática de dejar sin aplicación la normativa nacional en cuestión, exige que el tribunal nacional no solo examine la incompatibilidad de tal normativa con respecto a la eficacia de la protección otorgada a los intereses financieros de la UE, sino que garantice el respeto de los derechos fundamentales de las personas afectadas en caso de inaplicación de disposiciones nacionales⁴⁷. Como solución al problema de la retroactividad desfavorable, estos autores han propuesto hacer referencia a otros derechos contenidos en la CDFUE, tales como el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 47, lo cual permitiría a los particulares mantener la confianza en que el Estado no cambie las reglas en relación a la relevancia y tratamiento del castigo⁴⁸.

En la sentencia dictada en el asunto *M.A.S. y M.B.*, el TJUE intenta realinear su postura con la jurisprudencia del caso *Berlusconi*. Reiterando lo ya señalado en el párrafo 53 de su pronunciamiento en el asunto *Taricco I*, el TJUE sostiene que el principio de legalidad impide una total e incondicional inaplicación de las disposiciones nacionales⁴⁹. Efectivamente, por un lado, si el juez italiano considera que la obligación de no aplicar las disposiciones sobre plazos de prescripción está en conflicto con el principio de legalidad, debido a la falta de precisión de la ley aplicable, “*no debería cumplir dicha obligación y ello aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión*”⁵⁰. De este modo, el TJUE afronta, si bien indirectamente, el problema de los límites del poder judicial, que había sido abordado tanto por la doctrina como por el Tribunal Constitucional en su Resolución 24/2017. Por otro lado, mediante la limitación de los efectos temporales de la regla *Taricco* a aquellas infracciones cometidas con posterioridad a la sentencia, el TJUE garantiza la “previsibilidad” del régimen sobre plazos de prescripción aplicables a los sujetos de derecho penal a la vez que supera las críticas relativas a la posible aplicación retroactiva de un tratamiento más severo⁵¹.

A pesar de la apertura del TJUE, quedaban algunas cuestiones problemáticas pendientes, que podrían haber generado incertidumbre de cara a la aplicación de la norma en los casos de fraudes de IVA cometidos con posterioridad a la sentencia *Taricco*. A través de un pronunciamiento del pasado 31 de mayo, el Tribunal Constitucional italiano ha resuelto este asunto afirmando que las cuestiones planteadas por los jueces nacionales carecían de fundamento en tanto que, tratándose de hechos acaecidos con anterioridad al 8 de septiembre de 2015, la regla

⁴⁵ TJUE, *Taricco*, párr. 56.

⁴⁶ MITSILEGAS (2016), p. 79.

⁴⁷ SICURELLA (2017), p. 423.

⁴⁸ SICURELLA (2017), p. 425.

⁴⁹ En este sentido, véase también BASSINI M. y POLLICINO O. (2017).

⁵⁰ TJUE, *M.A.S. y M.B.*, párr. 61.

⁵¹ TJUE, *M.A.S. y M.B.*, párr. 60, que afirma que el principio de legalidad impide que el juez nacional aplique las disposiciones del Código Penal controvertidas en los procedimientos que afectan a personas acusadas de haber cometido infracciones en materia de IVA antes de que se pronunciasen las sentencias *Taricco*.

Taricco no era aplicable. En estos casos, tal y como reafirma el Tribunal Constitucional⁵², la inaplicabilidad se desprende directamente del Derecho de la UE y no exige por tanto ninguna verificación posterior por parte de los órganos judiciales domésticos. El órgano constitucional no se limita sin embargo a pronunciarse sobre lo anterior, y, “forzando elegantemente el requisito de la relevancia”⁵³, se pronuncia también sobre los hechos cometidos con posterioridad al 8 de septiembre de 2015, corroborando la postura del TJUE en el asunto *M.A.S. y M.B.*, y afirmando que en estos casos la derogación no es automática, sino que está condicionada a un examen, caso por caso, del juez nacional. En este sentido, tras haber reivindicado la competencia exclusiva para llevar a cabo la valoración requerida por parte del TJUE, el Tribunal Constitucional sostiene que, independientemente de la ubicación temporal de los hechos, la regla *Taricco* no es aplicable porque viola el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 25.2 de la Constitución. Según el Tribunal Constitucional, el carácter indeterminado de la citada norma se desprende de la alusión a “un número considerable de casos” como criterio que determina su aplicación, en tanto que “el juez penal no dispone de instrumentos interpretativos que le permitan inferir del citado enunciado una regla concreta”. Además, precedida de una interesante remisión a la relación entre el poder legislativo y judicial, el Tribunal Constitucional recuerda que no se pueda atribuir al juez penal “la tarea de perseguir un objetivo de política criminal, desvinculándose del gobierno de la ley a la que está sujeta” (§ 11). Adolecen también de incertidumbre, según el Tribunal Constitucional, los párrafos 1 y 2 del artículo 325 del TFUE en tanto que “impiden prever la vigencia de la regla *Taricco*”. Se trata pues de un vicio de incertidumbre que, al igual que el que define a la regla *Taricco*, no puede ser subsanado ni siquiera “a través de la progresiva definición de la jurisprudencia europea y nacional” (§ 11).

El Tribunal Constitucional, haciendo uso de un lenguaje distinto que sustituye la alusión a las tradiciones constitucionales comunes por una llamada a la identidad constitucional⁵⁴, excluye firmemente que la eliminación de una incompatibilidad entre la legislación doméstica y el Derecho de la UE pueda dar lugar a una violación de los principios constitucionales. Mediante la reiteración de la incompatibilidad entre la derogación *in malam partem* de una norma sustantiva de Derecho penal y el principio de legalidad, se elimina la posibilidad de cualquier aplicación futura de la regla *Taricco* por parte del juez penal.

El citado pronunciamiento, a pesar de no llegar a invocar directamente los contralímites⁵⁵, parece promulgar una concepción distinta de las relaciones entre el Derecho de la Unión y los ordenamientos jurídicos domésticos, que resulta poco compatible con el rol que, según una consolidada jurisprudencia europea y constitucional, debe desempeñar el Tribunal de Justicia en la interpretación y la aplicación del Derecho de la Unión.

4. La tensión entre la primacía del Derecho de la UE y el nivel nacional de protección de los derechos fundamentales.

La sentencia *Taricco* fue objeto de duras críticas por parte de la doctrina italiana y provocó una firme respuesta por parte del Tribunal Constitucional italiano en tanto que la misma parecía permitir la reducción de las garantías judiciales de los particulares en el ámbito penal en aras de la aplicación efectiva del Derecho de la UE. En el presente caso, se podían identificar dos tipos de obligaciones vinculantes para el juez nacional: por un lado, la obligación que se infiere del artículo 325 del TFUE, tal y como ha sido interpretada por el TJUE, en virtud de la cual cuando las disposiciones nacionales puedan poner en riesgo los intereses financieros de la UE, éstas se deben dejar sin aplicación; por otro lado, la obligación que se deriva del principio de legalidad tal y como se recoge en el artículo 25 de la Constitución italiana, que exige que el juez respete siempre el principio de irretroactividad del Derecho penal, así como el principio de reserva de ley en el ámbito penal.

Lo anterior está directamente conectado a la cuestión más amplia de la protección mul-

⁵² Tribunal Constitucional, sentencia n. 115/2018, fundamento de derecho n. 7.

⁵³ FARAGUNA (2018).

⁵⁴ Coinciden en esta interpretación de la sentencia 115 también AMALFITANO C. y POLLICINO O. (2018). No falta quien ve en esta sentencia “la fase final de un diálogo” con el Tribunal de Justicia, poniendo de manifiesto la estrategia diplomática y paciente del TJUE. En este sentido, véase FERRANTE (2018), p. 28.

⁵⁵ En relación a esta cuestión, DONINI (2018), p. 232, habla de una “secreta reafirmación de los contralímites”. Menciona la activación de los citados contralímites también RUGGERI (2018), p. 493.

tinivel de los derechos humanos que, si bien en su conjunto genera dinámicas positivas de cara a la protección de los derechos individuales, puede sufrir “contratiempos” en relación a determinados pronunciamientos, tales como la sentencia *Taricco*. En concreto, este asunto ha planteado el problema de cómo lidiar con el riesgo de la disminución del nivel de protección de los derechos fundamentales como consecuencia de las exigencias que se derivan de la aplicación efectiva del Derecho de la UE⁵⁶. Este riesgo fue percibido de manera acusada tras la sentencia *Melloni*⁵⁷, donde el TJUE estimó que el distinto nivel de protección otorgado (por el régimen europeo y el régimen constitucional español) en áreas vinculadas a la Orden de Detención Europea no estaba dentro del alcance del artículo 53 de la CDFUE⁵⁸. En este caso, sin embargo, el TJUE tuvo en cuenta la especial naturaleza de la Orden de Detención y la necesidad de garantizar el principio de reconocimiento mutuo a la hora de dictar sentencia⁵⁹. Tal y como ha subrayado el AG Bot en sus Conclusiones, el nivel de protección de los derechos fundamentales no debe establecerse *in abstracto*, sino antes bien con adaptación a las exigencias inherentes a la construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia⁶⁰.

Las diferencias entre los asuntos *Taricco* y *Melloni* habían sido ya señaladas por parte del Tribunal Constitucional italiano que, mediante la Resolución 24/2017, subrayó que el caso *Melloni* planteaba la existencia de una incompatibilidad entre un nivel de protección nacional más elevado y el Derecho de la UE, y que se trataba de una incompatibilidad que, de ser invocada a través del artículo 53 de la CDFUE, “habría comprometido la unidad del Derecho de la UE, especialmente en un ámbito basado en la confianza mutua”. Por el contrario, en el asunto *Taricco* no se cuestiona la primacía del Derecho de la UE. Tal y como señala el Tribunal Constitucional italiano, no se ha cuestionado la jurisprudencia surgida a raíz del caso *Taricco*, sino “la existencia de una prohibición constitucional de aplicación directa de la misma”⁶¹. Esta prohibición, de acuerdo con el Tribunal, responde al hecho de que en el ordenamiento jurídico italiano la normativa sobre plazos de prescripción – que, según el Tribunal “no afecta directamente ni a las competencias ni a las normas de la Unión” – se considera parte del Derecho penal material, estando sujeta al principio de legalidad. Como consecuencia de ello, la Unión está llamada a respetar este nivel superior de protección de los derechos humanos, tanto en aplicación del artículo 53 de la CDFUE como porque, de lo contrario, según el Tribunal Constitucional, “el proceso de integración europea minaría los logros conseguidos a nivel nacional en el ámbito de las libertades fundamentales alejándose de su camino hacia la unificación al garantizar el respeto de los derechos humanos (Artículo 2 TUE)”.

Con todo, se ha cuestionado la posición del Tribunal Constitucional italiano, según la cual la normativa sobre plazos de prescripción queda fuera del alcance del Derecho de la UE⁶². En efecto, el ordenamiento jurídico europeo no puede permanecer “indiferente” a la normativa doméstica sobre plazos de prescripción. Si bien es cierto que no existen medidas de armonización a nivel de la UE, si se tiene en cuenta que el régimen de plazos de prescripción afecta también a los procesos penales relativos a comportamientos que pueden perjudicar los intereses de la UE, condicionando así la efectiva protección de estos intereses, se puede entender que los plazos de prescripción entran dentro del ámbito de las obligaciones de los Estados miembros de evitar la adopción de medidas que puedan obstaculizar el logro de los objetivos de la UE.

En este sentido, la sentencia *M.A.S. y M.B.* no resulta convincente ya que, si por un lado el TJUE reconoce que los plazos de prescripción forman parte del derecho material y están por ende cubiertos por el principio de legalidad, por otro lado, condiciona esta posibilidad a la entrada en vigor de la Directiva PIF (lucha contra el fraude). En relación a este tema, algunos autores han puesto de manifiesto que la referencia a esta Directiva es bastante ambigua en tanto que la misma no especifica si el régimen de plazos de prescripción queda cubierto por el principio de legalidad⁶³.

⁵⁶ Sobre la relación entre las dimensiones europea y nacional de los derechos fundamentales, véase VIGANÒ (2017c), p. 1306.

⁵⁷ TJUE, C-399/11, 26 de febrero de 2013, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

⁵⁸ El artículo 53 afirma que ninguna de las disposiciones de la CDFUE podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, así como por las constituciones de los Estados miembros.

⁵⁹ SICURELLA (2016), p. 980.

⁶⁰ Conclusiones del Abogado General Bot presentadas el 2 de octubre de 2012, asunto C-399/11, ECLI:EU:C:2012:600, párr. 113.

⁶¹ Tribunal Constitucional, Resolución no. 24/2017, párr. 8.

⁶² En este sentido, véase SICURELLA (2017), p. 16.

⁶³ SICURELLA (2018), pp. 24-30.

Por otra parte, en el asunto *M.A.S. y M.B.*, el TJUE, sin referirse expresamente al artículo 6(3), recordó que los derechos fundamentales, tal y como han sido concebidos en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, “formarán parte de los principios generales del Derecho de la Unión”. Por consiguiente, si bien en un cierto modo el TJUE evita enfrentarse a las identidades constitucionales, por otra parte, permite que se haga referencia a las tradiciones constitucionales comunes. Esta referencia, junto con la “concesión” otorgada al aceptar que los plazos de prescripción quedaran cubiertos por el principio de legalidad, permitió al TJUE encontrar una solución dentro del ordenamiento jurídico europeo en el asunto *M.A.S. and M.B.*, logrando hábilmente evitar un enfrentamiento con el Tribunal Constitucional italiano sin entrar a reexaminar la primacía del Derecho de la UE. De hecho, en el párrafo 46, el TJUE sostiene que “los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, cuando [...] decidan dejar sin aplicación las disposiciones del Código Penal controvertidas, habrán de velar por que se respeten los derechos fundamentales de las personas acusadas”; de lo anterior se desprende que la obligación que emana del artículo 325 del TFUE no está en conflicto con un principio doméstico fundamental, sino con una limitación del Derecho de la UE.

A pesar de seguir formalmente el citado razonamiento jurídico⁶⁴, en la sentencia 115 del 2018, el Tribunal Constitucional italiano, tras pronunciarse acerca del papel que le corresponde desempeñar cuando debe aplicarse el Derecho de la Unión (párr. 8), en un claro intento de atribuirse en exclusiva el control preventivo en materia de derechos fundamentales, se aparta del Tribunal de Justicia llegando incluso a negar la eficacia directa del artículo 325 del TFUE⁶⁵. Si por un lado resulta comprensible que la progresiva expansión de la capacidad de influencia del Derecho de la UE sobre los ordenamientos jurídicos nacionales pueda generar entre los Estados miembros la necesidad de tutelar su identidad nacional, resulta sorprendente que el Tribunal Constitucional se atribuya la capacidad de valorar la eficacia directa del Derecho de la UE, llegando incluso a negar que la actividad hermenéutica del TJUE pueda subsanar el posible carácter indeterminado de una norma del Tratado (párr. 11).

Las posiciones adoptadas en la sentencia 115 pueden interpretarse como señal de una creciente sensibilidad por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales que, si bien tras una resistencia inicial se habían abierto a la integración europea, tras la atribución de eficacia jurídica vinculante a las normas recogidas en la CDFUE, han visto reducido su papel como garantes de los derechos fundamentales. Tal y como se ha evidenciado⁶⁶, si el juez ordinario – en aquellos asuntos en lo que es de aplicación el Derecho de la Unión – debe dejar sin aplicación una norma que viola un derecho constitucionalmente protegido cada vez que la citada norma viole también un derecho recogido en la CDFUE, es posible que la referida norma se deje sin aplicación constantemente sin pasar por el filtro del Tribunal Constitucional, cuyo poder en el ámbito del control de constitucionalidad en relación a la protección de los derechos fundamentales se ve notablemente mermado.

Por consiguiente, la aplicación de la CDFUE ha tenido como consecuencia inesperada el socavamiento de la relación entre el Tribunal constitucional y el TJUE, creando un clima de tensión cuyos efectos recaen sobre el tribunal ordinario que, en última instancia, debe decidir si plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional o si acudir, con carácter prejudicial, al TJUE (cuestión que ha surgido nuevamente en España con carácter reciente: ATC 168/2016).

En este contexto de tensión entre la primacía del Derecho de la UE y la supremacía de las Constituciones nacionales, para encontrar la “cuadratura del círculo” es necesario que, por un lado, la jurisprudencia del TJUE preste mayor atención a la construcción de la eficacia directa y, por otro, que los jueces constitucionales adquieran una mayor conciencia del alcance y los límites de su papel.

⁶⁴ En la sentencia n. 115 de 31 de mayo 2018, párr. 7, se sostiene que “para llegar a dejar sin aplicación la ley nacional sobre plazos de prescripción es preciso que el juez doméstico llegue a esa conclusión tras examinar la compatibilidad de la “regla *Taricco*” con el principio de certidumbre, que recoge el artículo 49 de la CDFUE”.

⁶⁵ En el párr. 11, el Tribunal Constitucional subraya “la incertidumbre que caracteriza tanto al artículo 325 (...) como a la “regla *Taricco*” en sí misma”.

⁶⁶ COSENTINO (2018).

5. Conclusiones.

Los recientes pronunciamientos del TJUE han puesto el foco de atención sobre el papel crucial del poder judicial en el ordenamiento jurídico europeo, en tanto que ordenamiento integrado. En concreto, han evidenciado la creciente e inexorable dimensión judicial de la ley. Corresponde en primer lugar a los tribunales ordinarios garantizar no solo la eficacia del Derecho de la UE, sino el adecuado equilibrio entre las dimensiones europea y nacional de protección de los derechos fundamentales. El TJUE recordó este tema de crucial importancia en sus pronunciamientos en los asuntos *Taricco* y *M.A.S. y M.B.*, al aludir al deber del juez nacional de examinar, en cada caso, si al dejar sin aplicación las disposiciones nacionales en cuestión, se respetaban los derechos fundamentales de los particulares. En concreto, en el asunto *M.A.S. y M.B.*, el juez nacional está llamado a examinar si la “regla *Taricco*” da lugar a una situación de incertidumbre en relación a la normativa nacional aplicable, que en última instancia resulte en una violación del principio de legalidad. De ser así, el juez nacional quedaría eximido de la obligación de inaplicación.

La sentencia *M.A.S. y M.B.* permitió también al TJUE recordar la fundamental importancia de la cooperación entre el TJUE y los tribunales nacionales de cara a conseguir una implementación adecuada de un sistema jurídico a varios niveles. Este enfoque requiere un “esfuerzo conjunto”⁶⁷ por parte de todos los actores involucrados, que deben implicarse en un proceso de aprendizaje mutuo dirigido a mejorar las garantías de los derechos fundamentales.

En efecto, en el seno del ordenamiento jurídico europeo es posible alcanzar un buen equilibrio entre la primacía, unidad y eficacia del Derecho de la UE, por un lado, y la protección de los derechos fundamentales de los individuos, por otro. En relación a esta cuestión, es importante tener en cuenta que a nivel europeo se ha instaurado progresivamente un sistema avanzado y completo de protección de los derechos fundamentales dirigido a reforzar y ampliar el nivel de protección general de los derechos de los individuos, mediante la superación de los estándares nacionales de protección⁶⁸.

Las numerosas tareas que recaen sobre el juez nacional le exigen el pleno conocimiento de la importancia del Derecho de la UE en el caso concreto, de cómo tratarlo y la capacidad, o más bien la voluntad, de actuar como un *juge communautaire* solicitando, cuando fuera necesario, la intervención del TJUE a través de las cuestiones prejudiciales⁶⁹. Es innegable que un conocimiento más amplio de las fuentes de Derecho de la UE, una mayor atención hacia la jurisprudencia supranacional y un uso más frecuente de referencias en el planteamiento de cuestiones prejudiciales al TJUE puede resultar muy útil de cara a conseguir una mejora cualitativa de la actividad hermenéutica de los jueces, y en sentido más general, una mejora de la ley aplicable⁷⁰.

Por lo que se refiere a los Tribunales Constitucionales, en cumplimiento de la obligación que se deriva del principio de cooperación leal, deben abstenerse de llevar a cabo iniciativas dirigidas a debilitar el papel del tribunal ordinario, garantizando al mismo tiempo el mantenimiento únicamente de las características principales del ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, no es esta una tarea fácil en tanto que los efectos del proceso de integración europea pueden, en ocasiones, resultar incompatibles con la observancia y el respeto de las constituciones nacionales.

Por otro lado, la relación entre los Tribunales Constitucionales o Supremos y el TJUE está lejos de consolidarse como una relación fluida y equilibrada, lo cual exige un constante esfuerzo si se quiere lograr un diálogo constitucional a nivel europeo.

En este sentido, a través de una sentencia dictada pocos días después de la sentencia *M.A.S. y M.B.* del TJUE (No. 269 de 14 de diciembre de 2017), el Tribunal Constitucional italiano plantea algunos problemas. En efecto, *obiter dictum*, el Tribunal Constitucional afirma ser competente para controlar, de manera centralizada, la compatibilidad del Derecho doméstico con los derechos fundamentales, no solo en relación a la Constitución italiana, sino también en relación a la CDFUE. Ello limitaría por tanto el poder – o el deber – del juez ordinario de plantear cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la CDFUE al TJUE. En

⁶⁷ RUGGERI (2013), p. 403.

⁶⁸ En este sentido, véase SCALIA (2015), p. 108.

⁶⁹ PRECHAL S. y VAN ROERMUND B. (2008), p. 369.

⁷⁰ BERNARDI (2017b), p. XXXIV.

concreto, el Tribunal Constitucional afirma que la violación de los derechos de los individuos “sugieren la necesidad de una intervención erga omnes de este Tribunal”. Además, afirma que el Tribunal “llevará a cabo su deliberación en aplicación de parámetros internos y posteriormente comunitarios (...) en el orden adecuado para cada situación”⁷¹, lo cual sugiere que se abordará en primer lugar una posible violación de la Constitución. Según el órgano constitucional, ello responde a que la CDFUE “forma parte del Derecho de la UE y tiene unas características peculiares debido a su contenido típicamente constitucional”. Por consiguiente, cabe la posibilidad de que “la violación de los derechos de los individuos vulnere, al mismo tiempo, tanto las garantías contenidas en la Constitución italiana como aquellas recogidas en la CDFUE”, tal y como ocurrió en el asunto *Taricco*.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 115 de 2018, donde el Tribunal Constitucional italiano, atribuyéndose en exclusiva la competencia de verificar si el Derecho de la Unión resulta contradictorio con los principios superiores del ordenamiento constitucional, y en concreto con los derechos inalienables de las personas, confirma lo establecido en el pronunciamiento 269 del 2017 acerca de la división de roles entre el tribunal ordinario y el Tribunal Constitucional. La referida postura del Tribunal Constitucional ha generado una doble consecuencia: por un lado, llama al juez ordinario a plantear la cuestión de inconstitucionalidad en lugar de acudir a la vía prejudicial en aquellos casos en los que se detecte una contradicción entre el Derecho de la UE y la normativa nacional de protección de los derechos fundamentales; por otro lado, excluye la posibilidad de que el Tribunal de Justicia desempeñe papel alguno en la identificación de los principios fundamentales del Derecho interno, en tanto que elementos constitutivos de la identidad constitucional⁷². Resulta por tanto evidente el intento de neutralizar el riesgo de que esta relación privilegiada entre jueces ordinarios y el Tribunal de Justicia pueda de alguna manera socavar el papel del Tribunal Constitucional como garante último de los derechos humanos de los individuos.

No obstante, nos parece que, a pesar de los intentos del Tribunal Constitucional italiano de relegar al tribunal ordinario a una función meramente accesorio, la actividad que el mismo lleva a cabo también tiene que ser considerada esencial a la hora de aplicar el Derecho de la UE. Sin duda, tanto la eficacia del *acquis* como la protección de los derechos fundamentales se refuerzan mediante el diálogo y la cooperación mutua entre los jueces ordinarios y el TJUE, que, en última instancia, garantizan que, en la interpretación y aplicación de los Tratados, se cumpla la ley.

Bibliografía

AMALFITANO, Chiara (ed.) (2018): *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"* (Milano, Giuffrè)

AMALFITANO, Chiara y POLLICINO Oreste (2018): “Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco”, *www.diritticomparati.it*, 5 de junio de 2018

BASSINI, Marco y POLLICINO, Oreste (2017): “Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome”, *Verfassungsblog - On Matters Constitutional*, 5 de diciembre de 2017

BERNARDI, Alessandro (2017a): “L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 48-85

BERNARDI, Alessandro (2017b): “Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale”, en BERNARDI, Alessandro (ed.): *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (Nápoles, Jovene editore), pp. VII-CXXXIII

⁷¹ Tribunal Constitucional, sentencia n. 269 de 14 de diciembre de 2017, párr. 5.2.

⁷² RUGGERI (2018), p. 490.

- BERNARDI, Alessandro y CUPELLI, Cristiano (eds.) (2017): *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale* (Nápoles, Jovene editore),
- CAIANIELLO, Michele (2016): “Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur... Some Considerations on the Taricco Judgment and Its Consequences at National and European Level”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24, pp. 1-17
- CAIANIELLO, Michele (2018): “Quel che resta del dialogo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1908-1925
- CARTABIA, Marta (2015): “Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling”, *German Law Journal*, pp. 1791-1796
- CLAES, Monica (2006): *The National Court's Mandate in the European Constitution* (Oxford, Hart Publishing)
- CONTI, Roberto (2017): “La giurisdizione ordinaria nel processo di integrazione europea”, en CIANCIO, Adriana (ed.): *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma. Atti del Convegno (Catania, 31 marzo-1 aprile 2017)* (Turín, Giappichelli), pp. 75-112, y además en *www.questionegiustizia.it*, 12 de mayo de 2017, pp. 1-38
- COSENTINO, Antonello (2018): “Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea”, *www.questionegiustizia.it*, 1 de octubre de 2018
- CUPELLI, Cristiano (2017): “Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 12, pp. 177-185
- CUPELLI, Cristiano (2018): “La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo ‘certo’”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 6, pp. 227-237
- DONINI, Massimo (2018): “Lettura critica di Corte Costituzionale N. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco”, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2, pp. 225-246
- EUSEBI L. (2015), “Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore”, *Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2, pp. 40-45
- FARAGUNA, Pietro (2018): “Roma locuta, Taricco finita”, *www.diritticomparati.it*, 5 de junio de 2018
- FERRANTE, Massimo Luigi (2018): “La sentenza n. 115/2018 con la quale la Corte costituzionale ha posto fine all'affaire Taricco: una decisione ferma ma diplomatica”, *www.dirittifondamentali.it*, 5 de julio de 2018, pp. 1-29
- GAMBARDELLA, Marco (2017): “Il rinvio alla Corte di giustizia U.E. delle questioni di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea”, *Cassazione Penale*, 4, pp. 1334-1357
- GAMBARDELLA, Marco (2018a): “I limiti dell'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione sulla base della “regola Taricco””, *Cassazione Penale*, 9, pp. 2776-2795
- GAMBARDELLA, Marco (2018b): “L'obbligo di disapplicare le disposizioni di diritto interno che possano pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati Membri dal diritto dell'Unione europea”, *Cassazione Penale*, 1, pp. 106-130
- GIUFFRIDA, Fabio (2016): “The Limitation Period of Crimes: Same Old Italian Story, New Intriguing European Answers: Case Note on C-105/14, Taricco”, *New Journal of European Criminal Law*, 7(1), pp. 100-112
- GRASSO, Giovanni (2008): “Relazione introduttiva”, en GRASSO, Giovanni y SICURELLA, Rosaria (eds.): *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale* (Milán, Giuffrè), pp. 1-49

- GRASSO, Giovanni (2018): “Evoluzione del diritto penale europeo e tutela dei diritti fondamentali alla luce della «saga Taricco»”, *Legislazione penale (La)*, pp. 1-30
- KOMÁREK, Jan (2013): “The Place of Constitutional Courts in the EU”, *European Constitutional Law Review*, pp. 420-450
- KOSTORIS, Roberto (2017): “La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei ‘controlimiti’ e scontro tra paradigmi”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, pp. 197-211
- LUCIANI, Massimo (2018): La dura realtà e il “caso Taricco”, *Diritto penale e processo*, 10, pp. 1281-1288
- LUCIFORA, Annalisa (2017): “Sincere cooperation and the judiciary”, en SICURELLA, Rosaria, MITSILEGAS, Valsamis, PARIZOT, Raphaële, LUCIFORA, Annalisa (eds.): *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU. A Guide for Legal Practitioners* (Milán, Giuffrè), pp. 325-349
- LUPO, Ernesto (2016): “La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 1, pp. 217-227
- MANACORDA, Stefano (2015): “La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco”, *Archivio Penale*, 3, pp. 867-873
- MANACORDA, Stefano (2017): “Prescrizione e controlimiti: prove di un dialogo *costruens* negli sviluppi del caso Taricco”, *Criminalia*, pp. 383-409
- MANES, Vittorio (2016): “La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti”, en BERNARDI, Alessandro (ed.): *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (Nápoles, Jovene editore), pp. 203-231, y además en *Diritto Penale Contemporaneo*, pp. 1-26
- MANES, Vittorio (2017): “La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco. Note minime all’ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017”, en BERNARDI, Alessandro y CUPELLI, Cristiano (eds.): *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale* (Nápoles, Jovene editore), pp. 207-221, y además en *Diritto Penale Contemporaneo*, pp. 1-14
- MANZANO PÉREZ, Mercedes y LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio (eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE, Marina (coord.) (2016), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (Madrid, Marcial Pons)
- MAZZACUVA, Federico (2018): “L’epilogo della “saga Taricco”: spunti per una breve riflessione sulla legalità penale”, *Indice Penale*, 3, pp. 651-673
- MITSILEGAS, Valsamis (2016): *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe* (Oxford, Hart Publishing)
- PALAZZO, Francesco (2017): “La Consulta risponde alla “Taricco”: punti fermi, anzi fermissimi e dialogo aperto”, *Diritto penale e processo*, 3, pp. 285-289
- PICOTTI, Lorenzo (2016): “Riflessioni sul caso Taricco. Dalla «virtuosa indignazione» al rilancio del diritto penale europeo”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 de octubre de 2016, pp. 1-23
- POLLICINO, Oreste y BASSINI, Marco (2017), “When Cooperation Means Request for Clarification, or Better for “Revisitation””, *Diritto Penale Contemporaneo*, pp. 206-211
- PRECHAL, Sacha y VAN ROERMUND, Bert (2008): *The Coherence of EU law. The search for unity in divergent concepts* (Oxford, Oxford University Press)
- PULITANÒ, Domenico (2016): “La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, pp. 228-237

- PULTANÒ, Domenico (2018): “La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica”, *Diritto penale e processo*, 10, pp. 1289-1294
- ROSSI, Francesco (2016): “L’obbligo di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna tra integrazione europea e controlli. La problematica sentenza Taricco della Corte di Giustizia”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 376-410
- RUGGERI, Antonio (2013): “La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2, pp. 399-408
- RUGGERI, Antonio (2018): “Taricco, amaro finale di partita”, *Consulta online*, III, pp. 488-499
- SALCUNI, Giandomenico (2015): “Legalità europea e prescrizione del reato”, *Archivio Penale*, 3, pp. 1-15
- SCALIA, Valeria (2015): “Protection of fundamental rights and Criminal Law. The Dialogue between the EU Court of Justice and the National Courts”, *Eucrim*, 3, pp. 100-111
- SCALIA, Valeria (2017): “Sincere cooperation and the legislature”, en SICURELLA, Rosaria, MITSILEGAS, Valsamis, PARIZOT, Raphaële, LUCIFORA, Annalisa (eds.): *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU. A Guide for Legal Practitioners* (Milán, Giuffrè), pp. 295-324
- SICURELLA, Rosaria (2005): *Diritto penale e competenze dell’Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune* (Milán, Giuffrè)
- SICURELLA, Rosaria (2013): “Setting up a European Criminal Policy for the Protection of EU Financial Interests: Guidelines for a Coherent Definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor’s Office”, en LIGETI, Katalin (ed.): *Toward a Prosecutor for the European Union* (Oxford: Hart Publishing), pp. 870-904
- SICURELLA, Rosaria (2016): “Du mal peut-il venir le bien? Les droits fondamentaux “nouvelle” voie pour l’identité européenne dans l’ère de la crise”, en AA. VV., *Humanisme et Justice. Mélanges en l’honneur de Geneviève Giudicelli-Delage* (Paris, Dalloz), pp. 969-992
- SICURELLA, Rosaria (2017): “Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L’actio finium regundorum della Consulta nell’ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli”, en BERNARDI, Alessandro y CUPELLI, Cristiano (eds.): *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale* (Nápoles, Jovene editore), pp. 405-433, y además en *Diritto Penale Contemporaneo*, pp. 1-25
- SICURELLA, Rosaria, MITSILEGAS, Valsamis, PARIZOT, Raphaële, LUCIFORA, Annalisa (2017): *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU. A Guide for Legal Practitioners* (Milán, Giuffrè)
- SICURELLA, Rosaria (2018): “Effectiveness of EU law and protection of fundamental rights: The questions settled and the new challenges after the ECJ decision in the M.A.S. and M.B. case (C-42/17)”, *New Journal of European Criminal Law*, 9(1), pp. 24-30
- VENEGONI, Andrea (2015): “La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell’Unione in diritto penale nell’area della lotta alle frodi”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 ottobre 2015, pp. 1-11
- VIGANÒ, Francesco (2015): “Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 settembre 2015, pp. 1-16
- VIGANÒ, Francesco (2017a): “Supremacy of EU Law vs. (Constitutional) National Identity: A New Challenge for the Court of Justice from the Italian Constitutional Court”, *European Criminal Law Review*, 7, pp. 103-122

VIGANÒ, Francesco (2017b): “Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco”, en BERNARDI, Alessandro y CUPELLI, Cristiano (eds.): *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale* (Napoles, Jovene editore), pp. 475-491, y además en *Diritto Penale Contemporaneo*, pp. 1-16

VIGANÒ, Francesco (2017c): “Legalità ‘nazionale’ e legalità ‘europea’ in materia penale: i difficili equilibri della Corte di giustizia nella sentenza M.A.S. (“Taricco II”)”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1281-1314

VIGANÒ, Francesco (2018): “Melloni overruled? Considerations on the Taricco II judgment of the Court of Justice”, *New Journal of European Criminal Law*, 9(1), pp. 18-23.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>