

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año VIII – Nr. 2 – 2º semestre 2020



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VIII – N° 2 – segundo semestre 2020

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

PROTECCIÓN MULTINIVEL EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. ¿CÓMO INTERPRETAR EL ARTÍCULO 53?¹

Calogero Pizzolo²

Fecha de recepción: 30 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 17 de febrero de 2021

Resumen

El presente artículo aborda la problemática relación interordinamental en la UE originada en la tutela multinivel de los derechos. Concentrándose en la relación entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales español e italiano se toma como eje el dilema Melloni y su proyección en la saga Taricco. Se profundiza en la importancia nuclear del artículo 53 (CDFUE) para la construcción de un sistema de derechos de la UE fundado en los consensos mínimos que permite un diálogo entre Cortes. Plantea la necesidad de una primacía del DUE integrada con las tradiciones constitucionales comunes mencionadas en el artículo 4.2 (TUE).

Palabras clave: Carta de Derechos Fundamentales de la UE – Relaciones interordinamentales – Protección multinivel de derechos – Tribunal de Justicia – Tribunal Constitucional español – Corte Constitucional italiana

Title: Multilevel protection in the Charter of Fundamental Rights of the European Union: How to interpret Article 53?

¹ Este estudio se ha desarrollado con el apoyo del programa Erasmus+ de la Unión Europea en el marco del proyecto para el desarrollo del Centro de Excelencia *Jean Monnet* "Integración Regional & Derechos Humanos" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Acuerdo Nr. 2018-3245/043-00, Proyecto: 611111-EPP-1-2019-1-AR-EPPJMO-CoE).

² Catedrático de Derecho de la Integración, y de Derechos Humanos y Garantías (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina). Catedrático *Jean Monnet* de Derecho Público Europeo.

Abstract

This article deals with the problematic relationship between legal orders in the EU arising from the multilevel protection of rights. Concentrating on the relationship between the Court of Justice and the Spanish and Italian Constitutional Courts, it focuses on the Melloni dilemma and its projection in the Taricco saga. It explores the central importance of Article 53 (CFREU) for the construction of a system of EU rights based on the minimum consensuses that allow for a dialogue between Courts. It raises the need for a primacy of the EUD integrated with the common constitutional traditions mentioned in Article 4(2) (TEU).

Keywords: EU Charter of Fundamental Rights - Inter-regional relations - Multi-level protection of rights - Court of Justice - Spanish Constitutional Court - Italian Constitutional Court.

I. La salvaguarda de la primacía del DUE y el dilema *Melloni*: admitir o no un nivel menor de protección en la interpretación de derechos

Cuando el Tribunal Constitucional español presentó su primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia mediante ATC 86/2011, de 9 de junio³, el

³ Entre las numerosas colaboraciones que trataron esta presentación ver AGUILAR CALAHORRO A. (2011), *La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, año XVIII, N° 16, p. 471-512; GAMBINO, S. (2014). *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, N° 13/14, accesible en: [http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=26474&dpath=document&dfile=23062014174633.pdf&content=Livello+di+protezione+dei+diritti+fondamentali+\(fra+diritto+dell%E2%80%99Unione,+convenzioni+internazionali,+costituzioni+degli+Stati+membri\)+e+dialogo+fra+le+Corti.+stato+-+dottrina+-+](http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=26474&dpath=document&dfile=23062014174633.pdf&content=Livello+di+protezione+dei+diritti+fondamentali+(fra+diritto+dell%E2%80%99Unione,+convenzioni+internazionali,+costituzioni+degli+Stati+membri)+e+dialogo+fra+le+Corti.+stato+-+dottrina+-+); LACOMETTI, M. *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, accesible en: <http://www.osservatorioaic.it/il-caso-melloni-e-l-interpretazione-dell-art-53-della-carta-dei-diritti-fondamentali-dell-unione-europea-tra-corte-di-justizia-e-tribunale-costituzionale-spagnolo.html>; y CIVELLO CONIGLIARO S., LO FORTE S. (2013). *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*; "Diritto penale contemporaneo"; TORRES

contenido de un largo debate doctrinario⁴ asumió, *per se*, la forma de un complejo dilema presentando con toda crudeza al juez constitucional: en un escenario de *protección multinivel* de los derechos –caracterizado por la fragmentación jurídica y la consiguiente pluralidad interpretativa–, se *debe* o no admitir una protección de los derechos *menor* de la reconocida en la Constitución.

A partir de la finalización de la Segunda Guerra mundial, con la evolución de los sistemas internacionales de protección, y la consolidación de los tribunales internacionales allí previstos, se planteó un escenario de *pluralismo normativo* que no tardó en manifestarse en un *pluralismo argumental* para explicar el alcance de derechos que obtienen un *común* o *simultáneo* reconocimiento formal.⁵ En este contexto cobran relevancia las denominadas “cláusulas de mínimos” que, por un lado, garantizan un *piso* en la protección en el nivel internacional pero, a la vez, no excluyen una protección *mayor* en otro

PÉREZ, A. (2014). *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*. European Constitutional Law Review, Volumen 10, N° 2, pp. 308-331.

⁴ Entre los muchos autores que han tratado la cuestión de la interpretación y alcance de los derechos en un escenario de protección multinivel con particular referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) se puede consultar a SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA J.J. (2014). *Constitución y orden constitucional en la Unión Europea*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 119, pp. 57-80; WEBER, A. (2002). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Revista Española de Derecho Constitucional, N° 64, pp. 79-97; RUBIO LLORENTE F. (2002). *Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)*. Revista Española de Derecho Constitucional, N° 64, p. 13 a 52; OLIVER LEÓN, B. (2003). *La Carta De Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 119, pp. 221-259; DÍAZ CREGO M. (2009). *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*; GARCÍA ROCA J. (2003). *Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Centro n° 119, pp. 165-190; LÓPEZ CASTILLO A. (2001). *Algunas consideraciones sumarias en torno a la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 113, pp. 43-74; ALONSO GARCÍA R. (2001). *El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Cuadernos de Derecho Público, N° 13, pp. 13-43; GAMBINO S. (2012). *Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, año IX, N° 18, pp. 55-94; y SAIZ ARNAIZ A. (2001). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?*. Cuadernos de Derecho Público, N° 13, pp. 153-170.

⁵ Véase PIZZOLO, C. (2007), *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*, Buenos Aires: Astrea.

nivel internacional o nacional.⁶ En otras palabras, de frente a la fragmentación no se propone un *techo* en la protección sino un *acuerdo* para otorgar la protección mayor en beneficio de la persona (*pro homine*).

Sin embargo, el dilema en cuestión no se presenta –al menos en la compleja forma que lo estudiamos– con relación al derecho internacional de los derechos humanos. El Tribunal Constitucional español en el asunto *Melloni* (2013) debía resolver sobre *interpretaciones divergentes* no en relación –por ejemplo– con el CEDH interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sino sobre el derecho de la UE (DUE) interpretado por el Tribunal de Justicia.⁷ Este último un derecho *autónomo* que presenta una naturaleza supranacional que le es propia. Naturaleza representada por los principios de *primacía* y *efecto directo*.⁸

En palabras de CARTABIA –ex presidenta de la Corte Constitucional italiana–, la complejidad del sistema de tutela de los derechos fundamentales, en el espacio constitucional europeo, se ha convertido en una realidad urgente y con una elevada tasa de problematicidad, a causa de la concreta actuación de las jurisdicciones llamadas a garantizar los derechos de las personas (CARTABIA, 2009: p. 12). Constituciones nacionales, CDFUE y CEDH⁹ concurren indudablemente al reforzamiento del sistema de garantías. Y, sin embargo, “sus relaciones recíprocas lejos están de ser lineales e inmediatas”. Ante todo, afirma

⁶ Es el caso del artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), o bien del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

⁷ Para una evolución en el tiempo del ordenamiento jurídico de la hoy UE, véase PIZZOLO C. (2010), *Derecho e Integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*, Buenos Aires: Ediar.

⁸ En opinión de DÍAZ CREGO, existen diferencias notables entre ambos derechos. En efecto, los sistemas internacionales de protección son sistemas *subsidiarios*, la situación en la UE “es radicalmente distinta”. El sistema de protección comunitario está llamado a aplicarse como sistema “principal o protagonista” y, por lo tanto, está obligado a interactuar con los sistemas nacionales de protección del mismo modo que el resto del ordenamiento de la UE interactúa con el ordenamiento nacional. Esto es, bajo las premisas de autonomía, efecto directo y primacía (Cfr. DÍAZ CREGO (2009), *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus Editorial, pp. 228 a 231).

⁹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950 en el ámbito de la organización regional del Consejo de Europa, es calificado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que crea como “instrumento constitucional de orden público europeo” (cfr. STEDH de 4 de marzo de 1992, *Christomos c/Turquía*, párrafo 22). Véase GARCÍA ROCA J. (2012). *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales*. Teoría y Realidad Constitucional, N° 30, pp. 186-187.

CARTABIA, porque el elenco de los derechos incluidos en cada uno de estos documentos no es “perfectamente” encuadrable al de los otros. En segundo lugar, por la “inevitable divergencia interpretativa” que surge de la jurisprudencia y la aplicación práctica de cada uno de estos derechos: la ponderación (*bilanciamento*) entre derechos e intereses contrapuestos que se vuelve necesario de frente a las exigencias de cada controversia en particular, “puede conducir a recorridos hermenéuticos divergentes también de frente a textos formulados en términos aparentemente análogos”. En suma, concluye CARTABIA, por qué cada sistema de tutela de los derechos responde a una *ratio* y una finalidad diversa: una cosa es una Constitución nacional, fundamento y ápice de todo el ordenamiento estatal; otra el CEDH que procura asegurar un estándar mínimo común a los Estados partes y “opera solo en vía subsidiaria respecto de las garantías nacionales”; y otra es la CEDFUE que “opera en ámbitos limitados, pero tiende a procurar en dichos ámbitos un estándar común y uniforme de tutelas de los derecho entre los Estados miembros”.

El dilema aparece entonces cuando, los jueces de Luxemburgo, quienes reclaman la *competencia exclusiva* en la interpretación del DUE de modo de garantizar su aplicación uniforme en los veintisiete Estados miembros de la UE, interpretan un derecho *interconectado* a un derecho nacional de manera más *restrictiva* que los jueces constitucionales quienes, al mismo tiempo, tienen la última palabra en la interpretación del sistema constitucional de derechos.

El asunto *Melloni* y sus derivaciones, dejan en evidencia los problemas que debe enfrentar, en una materia común como los derechos fundamentales, una comunidad de intérpretes finales integrada por los jueces constitucionales y los jueces de Luxemburgo actuando todos ellos bajo la sombra de los jueces de Estrasburgo, en el tan mentado triángulo jurisdiccional europeo.

RUBIO LLORENTE, en una colaboración con un título sugestivo y premonitorio, ya adelantaba hace más de una década los problemas mencionados en el asunto *Melloni*. Para el autor citado –quien se muestra crítico

con la redacción del artículo 53 (CDFUE)¹⁰—, interpretada conforme a su “tenor literal”, dicha norma, “impide” al Tribunal de Justicia apoyarse en la CDFUE, “para invalidar medidas adoptadas por los Estados, cuando tales medidas impliquen una protección de los Derechos *más intensa* que la asegurada por ésta, pero así entendido *carece de sentido* (RUBIO LLORENTE, 2002: pp. 13-52). Por definición, no es aplicable a los actos que los Estados realicen al margen totalmente del Derecho de Europeo, puesto que respecto de ellos el TJ [Tribunal de Justicia] no tiene competencia alguna, pero *tampoco puede aplicarse a los actos sujetos a su control sin destruir el sistema*. Si al enjuiciar el respeto a los Derechos de los actos estatales que aplican las normas europeas, el Tribunal de Justicia hubiera de tomar en consideración la intensidad de la protección que cada Estado otorga, cuando es mayor que la dispensada por el Derecho de la UE, *ese tribunal no actuaría ya como un órgano de ésta, sino del Estado, y saltaría en pedazos el principio básico del sistema*” (RUBIO LLORENTE, 2002: p. 43).

Destaca UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA que el “problema-dilema del parámetro iusfundamental” queda expuesto como sigue: ¿debe enfocarse la tutela de los derechos fundamentales ante una actividad estatal realizada en aplicación del DUE, *necesaria y exclusivamente*, desde el sistema de los derechos fundamentales de la UE, o hay un *margen* para utilizar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales? ¿Y si lo hay, con qué *límites*? (UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, 2013: p. 403).

GARCÍA SÁNCHEZ, en su comentario al asunto *Melloni*, resalta que el mismo pone de manifiesto un problema que ya se había manifestado hace algunos años en el ámbito de la cooperación jurídica internacional. Refiere a la existencia de un *pluralismo constitucional* en el que se van a plantear problemas tanto para los tribunales nacionales como para los europeos. De este modo, nace “una

¹⁰ La norma citada dice: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

confrontación entre los órdenes constitucionales internos y el orden comunitario. Dificultades derivadas, por un lado, de la *conurrencia* de las distintas normas de protección de los derechos humanos que tenemos en el panorama europeo (CEDH, CDFUE, constituciones nacionales); y por otro, de las *distintas interpretaciones* otorgadas por los diversos tribunales concurrentes para proteger los derechos fundamentales (TEDH, TJUE, tribunales constitucionales nacionales). Se trata, en definitiva, de la *falta de homogeneización existente en la protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo*, que se pueden vulnerar en los procedimientos de entrega europeos, que dificulta, a su vez, la implantación del principio de reconocimiento mutuo y, en consecuencia, la cooperación judicial internacional” (GARCÍA SÁNCHEZ, 2013: p. 1152).

II. Las tres cuestiones planteadas por el Tribunal Constitucional español en la cuestión prejudicial y la respuesta del Tribunal de Justicia

El Tribunal Constitucional español concretamente plantea tres cuestiones prejudiciales, mediante el ATC 86/2011, de 9 de junio, sobre la validez e interpretación en relación a la CDFUE, de la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero¹¹ (DM), destinada a *reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo* de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia.

La *primera* cuestión se centra en la interpretación que se debe de adoptar sobre la regulación de la entrega de condenados en rebeldía realizada en el artículo 4 bis introducido por la DM 2009.¹² Plantea el Tribunal Constitucional

¹¹ DOUE L 81/24, de 27 de marzo de 2009. Por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI.

¹² En palabras del propio TCES: “El art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?” (cfr. ATC 86/2011, de 9 de junio).

español si dicha norma *impide condicionar la entrega o lo que impide es la denegación pero no la entrega imponiendo una condición.*

Se ha escrito que la formulación de dicha cuestión apunta a mantener, por parte de los jueces constitucionales españoles, una *actitud deferente* respecto de la integridad de la función del Tribunal de Justicia que es quien debe *garantizar* una interpretación uniforme del DUE. Estos jueces se preguntan sobre la compatibilidad de su doctrina con el DUE, “y lo hace a quien puede responder con toda la autoridad necesaria”.(TORRES MURO, 2013, p. 356)¹³

La segunda cuestión, se centra sobre la validez de la citada DM a la luz de los derechos de defensa recogidos en la CDFUE y en el CEDH.¹⁴ Esto es, cuál sería el alcance de la protección europea sobre los derechos de defensa y si dicha protección es *compatible* con la otorgada por el nuevo artículo 4 bis introducido por la DM de 2009. El Tribunal Constitucional español pretende aquí “arrastrar” al Tribunal de Justicia a su terreno, y convencerle no sólo de que la DM es incompatible con el artículo 24 (constitución española), “tal y como él lo ha venido interpretando, y que es esta manera de ver las cosas la que debe prevalecer”. Sino de que lo es también con el derecho originario de la UE, en particular la CDFUE, “exportando así al ámbito europeo la doctrina española sobre la necesidad de que el acusado esté presente siempre en el juicio, cuando del mismo se pueda derivar una condena grave”. Se trata de que el Tribunal de Justicia interprete derechos reconocidos por la CDFUE (arts. 47 y 48), “como nuestro Tribunal ha interpretado” (TORRES MURO, 2013: p. 357).

En palabras de ARROYO JIMÉNEZ, el Tribunal Constitucional español expone, en primer lugar, “cuál es su propia interpretación del contenido del derecho fundamental controvertido y las razones en las que la sustenta,

¹³ En el mismo sentido, ARROYO JIMÉNEZ (2011), *Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias*. WP IDEIR N° 8, p. 8.

¹⁴ Según el propio TC: “En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?” (ATC 86/2011, de 9 de junio). Hasta entonces el Tribunal de Justicia no se había pronunciado acerca del sentido específico de los artículos 47 II y 48.2 (CDFUE) y su correspondiente proyección sobre las sentencias de condena impuestas en ausencia por delitos muy graves.

proporcionando así al Tribunal de Justicia *una imagen precisa acerca del nivel de protección que le dispensa el Derecho interno*, para pasar a continuación a formular las dudas que surgen acerca del nivel de protección que se deriva del Derecho de la Unión y, en particular, de los arts. 47 y 48.2 [CDFUE]” (ARROYO JIMÉNEZ, 2011: p. 9)¹⁵.

Finalmente, la tercera y última cuestión prejudicial planteada –a la que se le asigna un “evidente carácter constitucional” (ARROYO JIMÉNEZ, 2011: p. 16)–, de manera subsidiaria, esto es, para el caso de que las anteriores se contestaran afirmativamente, se centra en la interpretación que se debe otorgar al artículo 53 (CDFUE) que estudiamos.¹⁶ En este sentido, los jueces constitucionales españoles cuestionan si esta norma permite a los Estados otorgar un *mayor nivel* de protección a los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros, mayor que el interpretado por los órganos europeos según el DUE; o, por el contrario, se debe interpretar como una norma que trata de establecer un *igual nivel* de protección en todos los Estados de la UE.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional español también *ofrece* al Tribunal de Justicia –con la firme intención de iniciar con éste un diálogo– las distintas interpretaciones que pueden desprenderse del artículo 53 (CDFUE).

En primer lugar, señala que la norma en cuestión se puede interpretar como un *estándar de mínimos* –como la contenida en el art. 53 (CEDH)–, y en este sentido se permite a los Estados *ofrecer un mayor nivel de protección*. Esta interpretación es la que ha seguido el Tribunal Constitucional español cuando aplica la doctrina sobre las entregas condicionadas de los condenados *in absentia*.¹⁷

¹⁵ Sin resaltar en el original.

¹⁶ De acuerdo con el Tribunal remitente: “En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?” (ATC 86/2011, de 9 de junio).

¹⁷ El Tribunal Constitucional español ya había avanzado en este sentido en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre.

Usando las palabras de los jueces constitucionales: “En este caso el art. 53 [CDFUE] permitiría a un Estado miembro *justificar una excepción* a la obligación de ejecución de una orden de detención europea, o, como ocurre en el presente supuesto, *justificar la licitud de su ejecución condicionada al objeto de evitar una interpretación limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por su Constitución*, sin que, por lo demás, ese mayor nivel de protección característico de un determinado sistema nacional tenga necesariamente que *generalizarse* mediante su asunción por parte del Tribunal de Justicia”.¹⁸

Parece claro, apunta ARROYO JIMÉNEZ, que esta primera interpretación del citado artículo 53, al proporcionar una *armonización de mínimos* en lugar de un sistema uniforme de tutela, “rebaja las aspiraciones de integración en materia de protección de los derechos fundamentales mediante el reconocimiento de un espacio considerable de actuación a las Constituciones de los Estados miembros y a sus jurisdicciones constitucionales incluso en aquellos casos en los que nos encontremos dentro del ámbito de aplicación de la [CDFUE]” (ARROYO JIMÉNEZ, 2011: p. 11).

En segundo lugar, se propone considerar al artículo 53 (CDFUE) como una norma que establece un *nivel común de protección* en materia de derechos fundamentales, con lo que los Estados miembros deben de otorgar el mismo alcance a cada derecho fundamental. Ello conllevaría una *merma* de protección de los derechos fundamentales, sobre todo en los Estados en los que, como en España, se ofrece un mayor nivel de protección, concretamente en lo que al derecho de defensa corresponde.

Si bien es cierto que esta segunda interpretación favorecería la implantación del principio de reconocimiento mutuo e impulsaría una mayor cooperación jurídica internacional, con la consiguiente lucha más intensa contra la impunidad, por otra parte, supondría el reconocimiento de que la CDFUE puede dar lugar en los Estados miembros a la *reducción* del nivel de protección de los derechos fundamentales que se deriva de sus normas constitucionales.

¹⁸ ATC 86/2011, 9/06/11, párrafo 7.a). Sin resaltar en el original.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional español ofrece una *interpretación mixta* del artículo 53 (CDFUE). Así alude a que se trataría de “alguna forma de integración de las dos primeras [interpretaciones]”. El artículo 53 (CDFUE) operaría, “bien como una cláusula de estándar mínimo de protección –capaz, por tanto, de ser desplazada por una disposición constitucional interna que proteja más intensamente el correspondiente derecho fundamental–, o bien como una cláusula que impone una solución común uniforme en todo el territorio –aun a costa de posibilitar, en su caso, una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales–, según las características que presente y el contexto que subyazca al concreto problema de protección de los derechos fundamentales de que se trate. Podría, en efecto, pensarse, que esa alternativa de principio pudiera ser resuelta de forma distinta según que nos encontráramos ante un conflicto entre derechos fundamentales, o entre un derecho fundamental y algún otro principio general del Derecho de la Unión Europea reconocido fuera de la [CDFUE], o, en fin, que la estructura normativa de cada uno de ellos tuviera alguna relevancia en cuanto a la posibilidad de admitir un mayor nivel de protección por parte de las Constituciones de los Estados miembros”.¹⁹

El Tribunal de Justicia va a responder²⁰ a la cuestión prejudicial planteada *blindando* sus argumentos a la influencia argumental del Tribunal Constitucional español –despreciando así la propuesta de diálogo– y, por tanto, *cerrando* el debate en torno a *quién* es la autoridad interpretativa en la materia en cuestión.

Al quedar la última palabra en los jueces de Luxemburgo –palabra que asume la expresión de un áspero monólogo–, se reafirma con toda crudeza el carácter *absoluto* de la primacía del DUE. De este modo, el Tribunal de Justicia parece alejarse completamente de cualquier solución *maximalista*, esto es, rechazando adaptarse al mayor nivel de protección que ofrezca un Estado parte de la UE. Por el contrario, se reclama para la UE un sistema de derechos

¹⁹ ATC 86/2011, 9/06/11, párrafo 7.c).

²⁰ TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107.

fundamentales propio y autónomo reafirmando para sí una entidad constitucional.

Al respecto escribe DÍAZ CREGO que, el carácter con que el Tribunal de Justicia entiende el principio de primacía, unida a su jurisprudencia sobre la autonomía del ordenamiento de la UE, parecen propugnar una comprensión comunitaria del principio de primacía “no como mera regla de conflicto entre normas, sino como demanda de supremacía normativa, esto es, de superioridad jerárquica del ordenamiento comunitario sobre los ordenamientos nacionales” (DÍAZ CREGO, 2009: p 31).

Como “conclusión lapidaria” podemos decir, afirma MACÍAS CASTAÑO, que la respuesta dada por el Tribunal de Justicia contradice de manera total y absoluta todos y cada uno de los planteamientos con que el Tribunal Constitucional español había sostenido sus dudas de validez e interpretación del DUE. Así, el Tribunal de Justicia “se expresó con gran contundencia, que contrastaba con el tono medido y «políticamente correcto» con el que el [Tribunal Constitucional español] se había manejado al confrontar «primacía» y «supremacía», en la Declaración 1/2004”. Ello se puso de manifiesto, sobre todo, concluye el autor citado, en relación con la propuesta proporcionada respecto a la última cuestión prejudicial planteada –la tercera– “que lo dejaba en una difícil posición a la hora de dictar la sentencia del recurso de amparo” (MACÍAS CASTAÑO, 2014: p. 132).

Enfocándonos en la tercera cuestión, esto es, sobre la interpretación del artículo 53 (CDFUE), el Tribunal de Justicia “es especialmente duro” con las pretensiones dialógicas del Tribunal Constitucional español (TORRES MURO, 2013: p. 364).

En efecto, el Tribunal de Justicia –en consonancia con lo argumentado por el Abogado General– rechaza *rotundamente* la primera interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional español. Esto es, aquella que interpretaba el artículo 53 como un *estándar de mínimos*; de tal manera, que los Estados pudieran ofrecer un nivel de protección superior al del derecho de la UE. En

palabras de los jueces de Luxemburgo: “No puede acogerse esa interpretación del artículo 53 [CDFUE]”.²¹

Lo dicho con fundamento en dos motivos: a) apunta el Tribunal de Justicia que de seguirse dicha interpretación se menoscabarían los *principios de primacía, unidad y efectividad* del derecho de la UE; y b) dicha interpretación iría en contra de la finalidad de la DM de 2002, que es superar las dificultades del principio reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en ausencia, armonizando las condiciones de ejecución de una orden en estos casos, y reflejando, a su vez, el consenso alcanzado en este ámbito por los Estados miembros de cara a establecer una uniformidad en el nivel de protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, concluye el Tribunal de Justicia, “permitir que un Estado miembro invocara el artículo 53 [CDFUE] para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista por la Decisión marco 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, *para evitar que se lesionen el derecho a un proceso con todas las garantías y los derechos de la defensa protegidos por la Constitución del Estado miembro de ejecución*, conduciría, al poner en *cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco*”.²²

Pérez Tremps –reconocido especialista en relaciones interordinamentales e integrante del Tribunal Constitucional español– ya había señalado en el ATC 86/2011 que, los Estados miembros de la UE, “comparten una cultura de los derechos fundamentales”. Dicha cultura se ha elaborado y se sigue elaborando en su seno a través de un “parámetro común” (cfr. art. 6.2, TUE) derivado de diversos elementos: las previsiones normativas del DUE, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el sometimiento de todos esos países al sistema de

²¹ TJUE, sentencia de 23 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, apartado 57.

²² *Ídem*, apartado 63. Sin resaltar en el original.

protección y garantía que ofrece, en el seno del Consejo de Europa, el CEDH y la tarea que a su amparo lleva a cabo el TEDH (cfr. preámbulo de la CDFUE). En la cultura común de los derechos fundamentales en que ese entramado jurídico-institucional se enmarca –continúa el entonces magistrado–, aparece el *principio de equivalencia*.²³ Este principio de equivalencia y de suficiencia en la protección resulta especialmente claro y exigible en el seno de la UE, que sólo adquiere sentido como proyecto político y jurídico sobre la base de la “confianza legítima” por parte de los Estados en las instituciones comunitarias, pero también en los demás Estados miembros.

En definitiva, concluye Pérez Tremps, “un Estado de la Unión Europea *no puede, en principio, imponer a los demás Estados su parámetro nacional de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal* al que acabamos de hacer referencia. Además, y en todo caso, una hipotética lesión de derechos fundamentales en cualquiera de los Estados que se considera no reparada en él, agotadas todas las vías internas, no debe esperar repararse en otro Estado. La propia lógica del CEDH exige acudir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisdicción, como se ha indicado, ha sido aceptada por todos esos Estados, sin que, por cierto, haya constancia de que en el presente asunto se haya acudido a dicho remedio jurisdiccional por parte de quien es recurrente en amparo”.²⁴

Dentro de esta postura, mantener la “confianza legítima horizontal, recíproca”, en el sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de otro Estado, cobra especial significado en un mecanismo jurídico como es el de la orden europea de detención y entrega. Mecanismo inserto en la cooperación policial y judicial y que arranca precisamente de la filosofía de que los Estados cooperan sobre la base de aceptar “el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal”.²⁵

²³ Cita al respecto directamente la STEDH (Gran Sala), 30/06/05, *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Ticaret AS / Irlanda* [n° 45036/98], párrafo 155.

²⁴ ATC 86/2011, 9/06/11, voto particular del magistrado Pablo Pérez Tremps, párrafo 3. Sin resaltar en el original.

²⁵ Véase considerando 2 de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI.

En contra de esta interpretación dada por el Tribunal de Justicia al artículo 53 (CDFUE) GARCÍA SÁNCHEZ, por ejemplo, sostiene que esta concepción puede resultar muy lesiva para determinados derechos como, por ejemplo, el *principio de igualdad ante la ley*, pues supone reconocer dos niveles de protección de los derechos fundamentales: un primer nivel de protección, que puede ser más amplio, en el ámbito nacional o fuera del entorno comunitario (tal sería el caso de los derechos de defensa en España o cuando tuvieran que ser protegidos fuera del ámbito comunitario); y un segundo nivel, “más restrictivo en el ámbito comunitario en aras a la *uniformidad* en materia de derechos fundamentales entre los Estados miembros. *Ello lleva a proteger menos a los ciudadanos insertos en procedimientos de entrega europeos entre Estados miembros*” (GARCÍA SÁNCHEZ, 2013: p. 1148).

III. El debate en torno al artículo 53 (CDFUE): ¿una cláusula de mínimos? El artículo 51.1 (CDFUE) ¿una “válvula de presión”?

El debate sobre qué alcance reconocer al artículo 53 (CDFUE), en tanto *norma nuclear* de la protección multinivel, se vuelve central para la relación interordinamental entre el DUE, el CEDH y los derechos nacionales articulados desde la Constitución. Las diferencias entre el DUE, de naturaleza supranacional, y el derecho internacional de los derechos humanos de naturaleza subsidiaria, se presentan como centrales para entender las dimensiones del *dilema Melloni* y sus consecuencias para la protección de los derechos.

El debate en torno a esta norma, en razón de la problemática que encierra, no se inicia con el reconocimiento de su efecto directo por el Tratado de Lisboa (2009). Desde su proclamación en Niza (2000)²⁶ se discute, en particular, cómo

²⁶ Será en el Consejo europeo de Colonia de junio de 1999 donde se tomará la decisión de elaborar una CDFUE, al tiempo que señalaba a grandes rasgos sus posibles contenidos. Tal declaración fue concretada por el Consejo europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, con la creación de un órgano, posteriormente autodenominado Convención, encargado de redactar el texto de la Carta.

conciliar los niveles de protección comunitario y estatal. En aquel entonces ya se preveía que, la constitucionalización de la CDFUE, plantearía “algunos problemas graves al orden europeo en lo que se refiere a la coordinación de las instancias jurisdiccionales en la protección de los derechos fundamentales”. Dicha protección, como corresponde a un orden descentralizado como el europeo, “ha de organizarse a través de la aplicación primera y ordinaria del bloque normativo sobre los derechos fundamentales por los jueces nacionales, reservando a las instancias jurisdiccionales europeas para una actuación de garantía última y, en su caso, de *unificación doctrinal*” (SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 2003: p. 79).²⁷

WEBER, por su parte, señalaba con acierto que la relación entre las libertades básicas y los derechos fundamentales es compleja puesto que “son concebibles supuestos de colisión”. En efecto, el Tribunal de Justicia, se afirma, ha ampliado el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales al atribuirles un papel –más bien secundario– como parámetro del control de la justificación de las medidas que restringen las libertades básicas en atención al interés general. Como consecuencia de ello, los ciudadanos podrán invocar la CDFUE “cuando las libertades económicas resulten afectadas por actos comunitarios o por actos de los Estados miembros en el correspondiente ámbito de aplicación” (WEBER, 2002: p. 88).

En este precepto “desconcertante”, en opinión de RUBIO LLORENTE, introducido para acallar los temores de quienes podrían pensar que la CDFUE “anulaba o podría anular” la eficacia protectora de las constituciones nacionales, “la lógica de la integración se ve desplazada por la que podríamos llamar lógica

La Convención terminó sus trabajos dentro de los plazos prefijados y el Consejo pudo aprobar el proyecto de CDFUE elaborado por aquella en la reunión informal de Biarritz de octubre de 2000, dando traslado a las Presidencias de la Comisión y del Parlamento Europeo para que se pronunciaran sobre el contenido de la Carta, siendo aprobada por ambas instituciones. Por fin, la CDFUE fue firmada y proclamada solemnemente en la cumbre de Niza el 7 de diciembre de 2000 por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo y publicada en el Diario Oficial (Núm. C364 de 18 de diciembre de 2000). La Conferencia intergubernamental de Niza no se pronunció sobre la integración de la Carta en los Tratados fundacionales y la declaración núm. 23 anexa al Tratado de Niza remitió a la próxima Conferencia intergubernamental, a celebrarse en 2004, la decisión sobre la posible integración de la Carta en dichos Tratados. Por tanto, la CDFUE *nació como una declaración de carácter eminentemente político, fruto de la confluencia de las instituciones comunitarias y que, hasta cierto punto, intentaba paliar la carencia en el derecho originario de la UE de un sistema de derechos fundamentales.*

²⁷ Sin resaltar en el original.

propia del sistema internacional de los Derechos Humanos, y con ello *salta en pedazos el principio cardinal de la primacía*” del DUE sobre los derechos nacionales.²⁸ Lo anterior, afirma RUBIO LLORENTE, en razón de que el Tribunal de Justicia “pierde la capacidad de asegurar una *interpretación uniforme* de las normas europeas en todo el territorio de la Unión”. Esta “reducción absurda” de la competencia que el Tribunal de Justicia necesita para asegurar la interpretación y aplicación uniforme del derecho de la UE en todos los Estados miembros, concluye el citado autor, “hace *imposible* interpretar la norma de acuerdo con su tenor literal. Pero como tampoco los esfuerzos por dotarla de sentido, mediante imaginativas interpretaciones teleológicas o de otro género, llevan a parte alguna, la única salida posible es la de considerar el artículo 53 (CDFUE) *como un enunciado jurídicamente vacío*” (RUBIO LLORENTE, 2002: p. 41)²⁹.

La postura expuesta, parte de la premisa de que no es posible, como vemos, “suprimir” la coexistencia de dos jurisdicciones distintas en materia de derechos fundamentales dentro de cada Estado; “una dualidad asentada sobre un delicado equilibrio que debe ser preservado a toda costa” (RUBIO LLORENTE, 2002: p. 41).

¿Cómo alcanzar entonces el equilibrio propuesto? RUBIO LLORENTE propone como técnica de cohabitación a la “protección equivalente” propia del *método Solange*. Lo dicho como *alternativa* a la protección comunitaria como protección mínima que propone el artículo 53 (CDFUE). Una equivalencia necesaria, se afirma, no sólo para asegurar que la interpretación que el Tribunal de Justicia hace de los Derechos en los casos que se le someten sea aproximadamente igual a la que un Tribunal interno haría en el mismo caso, sino igual también a la que estos hacen en el ámbito en el que mantienen su

²⁸ La comisión de asuntos constitucionales del Parlamento Europeo afirmó en su momento que, la posibilidad de que la CDFUE se incorpore a los Tratados fundacionales introduciendo derechos vinculantes, puede llegar a “alterar el paradigma de la integración europea” (cfr. Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo sobre “*La elaboración de una Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*” [AS/0064/2000]). Citado por OLIVER LEÓN, B. (2003), *La Carta De Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n°119, p. 222.

²⁹ Sin resaltar en el original.

competencia plena. Una equivalencia “no fácil de conseguir, permanentemente en peligro y que requiere por eso un esfuerzo continuado de todos los Tribunales implicados, que para llevarlo a cabo han de tener conciencia clara de los planos muy distintos en los que se encuentran la Unión y los Estados” (RUBIO LLORENTE, 2002: p. 47).

Por último, sostiene RUBIO LLORENTE, con la *incorporación* de la CDFUE a los Tratados “se quiebran los vínculos”, que la afortunada fórmula alumbrada por el Tribunal de Justicia había logrado mantener, entre los derechos fundamentales garantizados por los Estados y los que garantiza la UE “como principios generales de su ordenamiento, y se destruye, sin sustituirlo por ningún otro, el delicado equilibrio ahora existente entre la jurisdicción de la Unión y la de los Estados” (RUBIO LLORENTE, 2002: p. 52).

Las dificultades en la interpretación del artículo 53 (CDFUE), teniendo presente su naturaleza supranacional –en tanto DUE–, como una *cláusula de mínimos* propia de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ha sido resaltada también por DÍAZ CREGO. En su opinión, existen diferencias notables entre ambos derechos. En efecto, los sistemas internacionales de protección son sistemas *subsidiarios*, la situación en la UE “es radicalmente distinta”. El sistema de protección comunitario está llamado a aplicarse como sistema “principal o protagonista” y, por lo tanto, está obligado a interactuar con los sistemas nacionales de protección del mismo modo que el resto del ordenamiento de la UE interactúa con el ordenamiento nacional. Esto es, bajo las premisas de autonomía, efecto directo y primacía. Por lo tanto, DÍAZ CREGO advierte que, el entendimiento del artículo 53 (CDFUE) en la línea indicada “podría llegar a provocar situaciones reales de conflicto” en las que frente a la posible aplicación del derecho fundamental nacional y el reconocido por la UE, “haya de elegirse entre uno u otro en base a la mayor protección otorgada por uno de ellos”. El potencial *desplazamiento* de las disposiciones de la CDFUE, sería contrario a la primacía y a como esta ha sido interpretada en Luxemburgo. Todo lo cual desembocaría en la “ruptura” de la aplicación uniforme del DUE (DÍAZ CREGO, 2009: pp. 228-231).

Otra parte de la doctrina, por el contrario, defiende al artículo 53 (CDFUE) como una *cláusula de mínimos*. GARCÍA ROCA, por ejemplo, sostiene que “el sentido natural” de dicha norma “radica en asegurar una *protección mínima* y a tal fin se dispone un *efecto de autodesplazamiento*. La Carta ni agota los derechos fundamentales ni obliga a un único entendimiento al modo de un máximo denominador común”. Este “curioso autodesplazamiento” permite, por mandato de la propia CDFUE, “que sus disposiciones *sean sustituidas* por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y en particular el CEDH, o por las respectivas Constituciones; un rasgo habitual de los tratados, mientras las declaraciones constitucionales normalmente se han construido cada una sobre las ruinas de la anterior; la técnica parece especialmente ajustada a la realidad del ordenamiento europeo. Conviene matizar que no se trata de una «comparación entre ordenamientos», abstracta y general, sino de una «comparación entre derechos», incidental y concreta, entreverando supuestos de hecho y disposiciones” (GARCÍA ROCA, 2003: p. 172).

En consecuencia, concluye GARCÍA ROCA, la comparación puede realmente hacerse y la cláusula “podría ser operativa”. Tendremos pues una “Unión constitucional multinivel de derechos”. Frente a quienes advierten de que los derechos fundamentales suelen ser también factores de tensión y diferenciación nacional, puesto que hay aún evidentes e importantes diferencias culturales entre los países europeos, el autor que seguimos afirma que esa pluralidad “se ve progresivamente amortiguada por un emergente Derecho Constitucional Común Europeo relativamente homogéneo” (GARCÍA ROCA, 2003: p. 172).

De cualquier forma, GARCÍA ROCA advierte sobre la existencia del riesgo de una “guerra de las Cortes” derivado de la triple concurrencia de jurisdicciones comunitaria, internacional y estatal en la protección de los derechos. Una *coexistencia material de declaraciones agravada por una concurrencia de jurisdicciones*, se afirma, que genera una situación no exenta de problemas. Harán falta nuevas reglas de procedimiento y “mucho mentalidad dialogística, escribir las sentencias en diálogo continuado con otros tribunales, y no en

disputatio, tanto como dosis adecuadas de autocontrol o *self restraint*". La concurrencia impedirá que los Tribunales Constitucionales nacionales "se encierren y enquisten en sus monólogos" (GARCÍA ROCA, 2003: pp. 172 y 174):

LÓPEZ CASTILLO, por su parte, defiende la idea de que la CDFUE no obstante la diversa procedencia de los derechos que declara "es, antes que una amalgama asistemática de contenidos, un documento diferenciado, tanto por su contexto (Unión Europea, y no Consejo de Europa o Estados) como por su texto, pues ni se limita a reiterar contenidos del CEDH y demás textos de referencia, ni cuando es el caso, deja por ello de articularlos a su manera y conforme a su propio sistema, por lo que de ordinario su concreto significado y alcance será el resultante de un desarrollo normativo y una puesta en práctica, en último extremo, sujetos al criterio del supremo intérprete" del DUE (LÓPEZ CASTILLO, 2001: p. 67). Ahora bien, según el citado autor, ello es evidente y se corresponde con la autonomía reconocida a dicho Derecho, pero advierte, "esto es una cosa y otra, ya distinta, que la autonomía jurídica de la Carta *implique la intrascendencia de todo parámetro externo*" (LÓPEZ CASTILLO, 2001: p. 67).

Es "equivoco", por ello –sentencia LÓPEZ CASTILLO–, hablar de la CDFUE como de un texto "autónomo", sometido a la interpretación última y suprema del Tribunal de Justicia, y no necesariamente porque se niegue la autonomía del DUE, pues sin ser puesta en entredicho la autonomía constitucional de los Estados obligados por el CEDH, en materia de tutela de derechos fundamentales, el respectivo intérprete último (supremo o constitucional) lo es, desde entonces, ya sólo a condición de ajustarse a la interpretación decantada con ocasión de la aplicación del CEDH. De ello da cuenta la propia CDFUE al declarar, de una parte, que en caso de correspondencia con los derechos garantizados por el CEDH, el sentido y alcance de los contenidos en la CDFUE será el mismo, como no sea que en el ámbito de la UE "se alcance a brindar una protección más extensa" (cfr. art. 52.3, CDFUE); "y al asegurar, de otra parte, *un suelo o estándar mínimo incuestionable* que condiciona la interpretación autónoma de los derechos en la Carta, mediante explícita exclusión de toda limitación o lesión de los respectivos estándares –del derecho de la Unión,

iusinternacional, v. gr., del CEDH, y de las Constituciones de los Estados miembros— en presencia [cfr. art. 53, CDFUE]” (LÓPEZ CASTILLO, 2001: p. 67).

La cláusula del citado artículo 53, sostiene LÓPEZ CASTILLO, qué duda cabe que, sin perjuicio de la divisoria competencial, abre las puertas a la posibilidad de “fisuras” en el principio de primacía del DUE. En consecuencia, en semejante contexto interordinamental, ese riesgo —en su opinión— sólo es superable, en último extremo, mediante un serio propósito judicial. En particular, del Tribunal de Justicia, tanto menos problemático cuanto más clara sea la apuesta por una auténtica política de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE, de “tomarse en serio” tanto los derechos fundamentales como la divisoria competencial, como el camino más despejado para avanzar en la aceptación incontestada de unos estándares de tutela que, por más que se compartan valores y principios, en la medida en que persisten textos (reglas) diferenciados operando en sus respectivos contextos (sistemas) “constitucionales”, salvo comunión con alguno de los referentes, lógicamente no podrán ir más allá de la equivalencia. Por ello, concluye López Castillo, aun cuando pueda resultar paradójico, “sólo mediante un serio esfuerzo de *clarificación competencial*, por su potencial generador de confianza recíproca, podría quedar expedido el camino para una progresiva irradiación de los (equivalentes) estándares de la Unión sobre el conjunto de los ordenamientos, y ya seguramente al margen de la referida divisoria competencial” (LÓPEZ CASTILLO, 2001: pp. 68-69).

ALONSO GARCÍA, manifiesta que la CDFUE incorpora en su artículo 53 la “cláusula del estándar mínimo de protección, tan familiar en acuerdos internacionales sobre protección de derechos humanos”. Esta cláusula, afirma el citado autor, en la medida en que conlleva el “potencial desplazamiento” del instrumento al que se incorpora por otros que ofrezcan un mayor nivel de protección, plantea en el caso de la CDFUE, una primera complicación interpretativa “a diferencia de los tratados internacionales circunscritos a los derechos humanos, que tienen una clara vocación de complementariedad de los sistemas nacionales de protección, la Carta se enmarca en un contexto, el de la

Unión, construido conceptualmente en términos de autonomía y con vocación integradora tendente a *desplazar en aras a la uniformidad, a través del principio de primacía, las disparidades de los Estados miembros*. Con otras palabras, mientras que los instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos humanos sirven para interpretar los sistemas de protección domésticos y, llegado el caso, suplir las carencias de éstos, la Carta, enmarcada en el sistema global de la Unión, adquiere de arranque el papel de protagonista e, investida de la autonomía conceptual propia del sistema, *tiende no ya a relegar al papel de actores secundarios a otros instrumentos de protección, incluidos los de los Estados miembros, sino incluso a negar papel alguno, sobre la base de la primacía jurídica, a cualquiera que pretenda aportar ideas que se aparten del guión*” (ALONSO GARCÍA, 2001: pp. 37-38).

Así las cosas, reflexiona ALONSO GARCÍA, la adopción de la CDFUE, ¿implica una consagración de la autonomía del DUE en *términos absolutos*? El principal problema, sostiene el autor, radica en encontrar el camino para situarnos en un punto de referencia, camino que en su opinión “no puede ser otro que el diálogo entre, en última instancia, los intérpretes supremos de los distintos componentes del referido marco constitucional”, a saber, el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales (o similares) de los Estados miembros (y, en el ámbito de los derechos humanos, el TEDH). Alimentado así el debate “desde una modestia compartida alejada de protagonismos impropios de la dialéctica y la multiplicidad (debate que, si se quiere ser consecuente con el espíritu de la integración, debe estar presidido por esfuerzos interpretativos *pro unione* de las Constituciones nacionales y *pro constitutione* de los Tratados europeos)” (ALONSO GARCÍA, 2001:pp. 37-38).

En otras palabras, concluye ALONSO GARCÍA, mientras que el discurso de los derechos fundamentales en el contexto de conflictos entre unos y otros debe ceder paso a una “ponderación efectuada en última instancia” por el Tribunal de Justicia en cuanto intérprete supremo de la CDFUE. Respetado éste en términos de *genérica protección equivalente* por los tribunales nacionales (pues en este contexto carecería de virtualidad la técnica del nivel de protección prevista en el artículo 53), y bajo el control último, al igual que los altos tribunales de los

Estados miembros, de un TEDH “que debe mostrarse deferente, que no indiferente”, al consenso en términos judiciales al respecto alcanzado. El mismo discurso, en el contexto de conflictos susceptibles de ser encauzados en su esencia al enfrentamiento entre el individuo y el poder público debería *ser pro* individuo y traducirse en una concreta aplicación del estándar nacional frente al derecho de la Unión si efectivamente más favorable para el individuo y viceversa (en una aplicación del estándar europeo frente al Derecho nacional, en la medida en que éste entre en el radio de acción de aquél y también sobre la base de una mayor protección del individuo y no del principio de primacía del derecho de la Unión sobre el de los Estados miembros) (ALONSO GARCÍA, 2001: pp. 42-43).

Por último, en opinión de GAMBINO, el sujeto singular está garantizado, en una lógica de protección multinivel, que asigna a las instituciones europeas y, sobre todo, al Tribunal de Justicia el “deber de ofrecer las máximas garantías” a los derechos en “sintonía con la vía de interpretación del modo más favorable a los derechos humanos y libertades fundamentales, positivizado con fuerza jurídica en el art. 53 [CDFUE]”. Los mismos jueces nacionales, sean ordinarios sean constitucionales, entiende Gambino, “dispondrán ahora de un nuevo parámetro cuando se trate de inaplicar una norma de la Unión a favor de la norma constitucional estimada más favorable al derecho «en una aplicación pro persona del estándar comunitario o nacional de que se trate»” (GAMBINO, 2012: p. 73).

En este contexto problemático expuesto por la doctrina y que queda en evidencia con el *dilema Melloni*, corresponde al Tribunal de Justicia operar la cláusula del artículo 51.1 (CDFUE)³⁰ como una *válvula de presión* que permitiría regular su intervención en materia de interpretación de derechos y, por ende, la presión que implica la aplicación en terminos absolutos del principio de primacía.

³⁰ La norma citada dice: “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros *únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución”. Sin resaltar en el original.

No debe extrañar entonces que, paralelamente a la sentencia *Melloni*, los jueces de Luxemburgo se expresaran en relación a pautas de interpretación sobre el alcance que debe reconocérsele a la CDFUE.³¹

Lo dicho constituye todo un desafío –incluso hasta una necesidad– para una jurisprudencia comunitaria que se ha caracterizado por una vocación expansiva. SAÍZ ARNAIZ nos recuerda que el Tribunal de Justicia “se ha negado competencia para fiscalizar, en su compatibilidad con los derechos fundamentales, las actuaciones estatales ajenas al ordenamiento comunitario”. Sin embargo, esta declaración de principio ha de completarse con la jurisprudencia comunitaria a la luz de la cual parece evidente una “progresiva extensión de su actividad tuitiva de los derechos fundamentales siempre que exista una «conexión (o vínculo) suficiente»”³² entre el DUE y la acción estatal. Para el autor citado, siempre a la luz del referido criterio jurisprudencial, puede establecerse el siguiente listado de “actuaciones nacionales fiscalizables” por los jueces de Luxemburgo en su respeto a los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario: a) las intervenciones en ejecución de las normas comunitarias; b) la normativa de transposición de directivas; c) las derogaciones o excepciones al ordenamiento comunitario por él permitidas; y d) las normas internas que interfieran con algunos principios generales del derecho comunitario. Se aprecia, así, en opinión de SAÍZ ARNAIZ, que “la *posible incidencia teórica de la Carta sobre la actividad de los poderes públicos nacionales, y por lo tanto sobre los ordenamientos internos, es notable*”. Si ésta es la orientación jurisprudencial, vinculada al ya citado canon de la conexión o vínculo suficiente, “no puede dejarse de apuntar que la misma resulta bastante más amplia que el parámetro deducible del citado artículo 51.1 («cuando apliquen»), de ahí que no hayan faltado lecturas de dicha disposición en clave de mensaje que se lanza al Tribunal de Justicia para que, cuando menos, atempere su *case-law* en la materia. Esta opinión resulta avalada en buena medida por el Texto de las

³¹Veáse TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105.

³² Véase TJUE, sentencia de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C-299/95, EU:C:1997:254.

explicaciones a la Carta elaborado por el Presidium de la Convención” (SAÍZ ARNAIZ, 2001: pp. 156-157).

Los derechos fundamentales, agrega GAMBINO, no constituyen ya sólo un mero límite a la acción de las Instituciones europeas o de los Estados miembros cuando aplican DUE. Ahora deben, al tiempo que respetan los derechos, promocionarlos “con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión” (cfr. art. 51.1, CDFUE) (GAMBINO, 2012: p. 73).

Desde el asunto Melloni, la articulación para descomprimir conflictos entre competencias nacionales y de la UE vía el artículo 51.1 (CDFUE), sin embargo no permitió bajar la tensión entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales. La convergencia de sistemas de derechos junto a la concurrencia de intérpretes que reclaman para sí el derecho a la última palabra sobre una materia común, sumado al carácter expansivo del DUE y la jurisprudencia comunitaria, lleva a divergencias interpretativas donde la única salida se encuentra por el camino del diálogo entre Cortes. En este sentido, la *zaga Taricco* es un buen ejemplo superador del conflicto que abre el *dilema Melloni*.

IV. La *zaga Taricco* entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal de Justicia: ¿una primacía del DUE integrada a las tradiciones constitucionales?

Las diversas instancias que presenta el caso *Taricco* son asimilables a capítulos autónomos que refieren a una trama unitaria y central: la *tensión interordinamental*.

En el capítulo inicial, un juez nacional –el *Tribunale di Cuneo*–, presenta una primera cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Los jueces de Luxemburgo, a su turno, llegaron a la conclusión (sentencia *Taricco I*)³³ que los

³³ TJUE, sentencia de 8 de septiembre de 2015, *Taricco*, C-105/14, EU:C:2015:555.

jueces italianos *deben abstenerse* de aplicar a los procedimientos penales *en curso* las normas contenidas en los artículos 160, último párrafo, y 161, párrafo segundo, del Código penal italiano. Resolviendo de este modo, siguen la línea marcada en el caso *Åkerberg Fransson*³⁴ donde se afirmó que los fraudes al IVA pueden constituir fraudes que afecten a los intereses financieros de la UE (cfr. art. 325, TFUE, apartado 1).³⁵

El Tribunal de Justicia dejó en claro que las citadas disposiciones penales, concretamente al introducir, en caso de interrupción de la prescripción, una norma según la cual *el plazo de prescripción en ningún caso puede ser prolongado en más de un cuarto de su duración inicial*, resultan, dada la complejidad y longitud de los procedimientos penales incoados respecto de los fraudes graves del IVA, en la *impunidad* de hecho de estos últimos, puesto que esas infracciones prescriben con frecuencia antes de que pueda imponerse la sanción penal prevista por la ley mediante una resolución judicial firme.

El Tribunal de Justicia interpretó que tal situación afecta a las obligaciones impuestas a los Estados miembros por el artículo 325 (TFUE), apartados 1 y 2. Consiguientemente, para garantizar la efectividad de la lucha contra los fraudes que afectan a los intereses financieros de la UE, los jueces de Luxemburgo solicitaron a los órganos jurisdiccionales nacionales que se “abstuvieran” de aplicar dichas disposiciones penales, en caso de ser necesario.³⁶

REPETTO, criticando esta doctrina comunitaria, señala que una cuestión particularmente problemática se da al haber “convertido una obligación de los Estados –se refiere al artículo 325 (TFUE)– establecida en términos marcadamente finalistas y, por tanto, no auto-aplicables, en una directiva para el

³⁴ TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105.

³⁵ La norma citada dice: “1. La Unión y los Estados miembros *combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión* mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros”. Sin resaltar en el original.

³⁶ Este criterio es mantenido por el Abogado General Bot al intervenir en la sentencia *Taricco II*. Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot presentadas el 18 de julio de 2017 en el Asunto C-42/17 (*Taricco II*).

juez nacional, encaminada a desaplicar las normas nacionales que se encuentren en contraste” con el citado artículo (REPETTO, 2016).

En un nuevo capítulo, varias instancias jurisdiccionales locales³⁷ se oponen firmemente a seguir la *obligación de abstención* en la aplicación de la prescripción penal dispuesta por el Tribunal de Justicia. La Corte Constitucional italiana, a su turno, mediante la presentación de una segunda cuestión prejudicial, motiva una nueva intervención del Tribunal de Justicia (*Taricco II*) con la aparente intención de obtener una *reescritura* de este Tribunal respecto de su pronunciamiento en *Taricco I*.

Los jueces constitucionales italianos reaccionan así al *acoso interpretativo* –como lo hicieron sus homólogos españoles y alemanes–, proponiendo una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la divergencia interpretativa³⁸, esto es con una propuesta de diálogo directo entre las distintas jurisdicciones. Si bien es cierto que utiliza un tono que podría evaluarse como poco amistoso –calificado por RUGGERI de “perentorio (*ultimativo*)”³⁹– que hace recordar al tenor de la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso *Gauweiler*.⁴⁰ Evitando una confrontación abierta con sus homólogos de Luxemburgo, comenta MARTUFI, la Corte Constitucional decide

³⁷ Pocos días después de pronunciada la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Taricco I*, la *Corte d'appello di Milano*, llamada a pronunciarse en un caso de asociación ilícita para la comisión de delitos en materia de IVA, sostuvo que no podía dar inmediato cumplimiento a lo resuelto en sede supranacional. Ello en razón que la desaplicación de las normas relacionadas con la prescripción habría producido de hecho efectos desfavorables para los imputados, con la consiguiente violación del principio *nullum crimen sine lege* reconocido por el artículo 25, apartado segundo de la Constitución italiana. Esto es, habrían visto agravarse retroactivamente los márgenes para su exposición a la responsabilidad penal. En consecuencia, los jueces milaneses elevan a la Corte Constitucional una de las dos cuestiones de legitimidad constitucional que se encuentran en la base de *Taricco II*.

³⁸ Instrumentalizada mediante Ordenanza Nr. 24 de 26 de enero de 2017.

³⁹ Véase RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti” (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017) (27-01-2017)*, *Consulta on line, Nr. 1/2017*, accesible en: www.giurcost.org; y *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*. *Diritto Penale Contemporaneo* (2-10-2017), p. 8, accesible en: www.penalecontemporaneo.it

⁴⁰ TJUE, sentencia de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400. Se trata de la primera cuestión prejudicial presentada por los jueces de Karlsruhe relacionada con la intervención del Banco Central Europeo en la crisis del euro. Véase al respecto PIZZOLO, C. (2017). *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*, Buenos Aires: Astrea, pp. 241-248.

“en modo oportuno y valiente” recorrer el camino de la presentación prejudicial. Demostrando mínimamente una “formal deferencia” en la manera de relacionarse con el Tribunal de Justicia (MARTUFI, 2017: p. 2) y evitando, en nuestra opinión, un temido *clash jurisdiction*.

En el rumbo del diálogo interjurisdiccional, la Corte Constitucional italiana parecieran dejar abierto a más de un sentido la interpretación del DUE, sin meter aparentemente en discusión su primacía. Todo lo cual permitiría recalibrar los efectos del artículo 325 (TFUE) de modo de permitir salvar algunas exigencias fundamentales en relación con las garantías penales nacionales (MARTUFI, 2017: p. 2).

Se solicita al Tribunal de Justicia, en concreto, que se pronuncie sobre “la medida en la que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a acatar la obligación de abstención” que dicho Tribunal estableció en su primera intervención en el caso *Taricco I*. Interpretan que tal obligación puede vulnerar *un principio superior de su ordenamiento constitucional*, el principio de la legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), consagrado en el artículo 25, apartado 2, de la Constitución italiana.⁴¹ Consumándose de esta forma un menoscabo a la *identidad constitucional*.

Según los jueces constitucionales italianos dicho principio, tal como lo interpreta el ordenamiento jurídico nacional, *garantiza un nivel de protección más alto* que el resultante de la interpretación, a cargo del Tribunal de Justicia, del artículo 49 (CDFUE)⁴². Ello en la medida en que *se extiende a la determinación de los plazos de prescripción aplicables a la infracción y se opone, por consiguiente, a que el juez nacional aplique a un procedimiento en curso un plazo de prescripción más largo que el previsto en el momento en el que fue cometida dicha infracción* (principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable).

⁴¹ La norma citada dice: “Nadie podrá ser condenado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho punible”.

⁴² La norma citada que lleva por título “Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas” establece, en su apartado 1, que: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta”.

En apoyo de esta argumentación, se sostiene que el artículo 4.2 (TUE)⁴³ y el artículo 53 (CDFUE), permiten a los órganos jurisdiccionales nacionales oponerse a la ejecución de la obligación establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Taricco I*. En este punto existe una similitud argumental con la tercera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español.

No es ajena a la tensión declarada en las relaciones interordinamentales una añeja disputa entre los jueces supremos y constitucionales, por una parte, con sus homólogos supranacionales, por la otra, respecto al derecho a la última palabra. Como llama la atención Riccardi, la reivindicación de la titularidad exclusiva sobre un control de “identidad constitucional (*Identitätskontrolle*)” por parte de la Corte Constitucional italiana pareciera ahora ineludible. Ello en razón de que, el Tribunal de Justicia, promoviendo un mecanismo de “diálogo directo” –a través de la cuestión prejudicial (art. 267, TFUE)– con los jueces comunes, ha tentado de *dissolver* el control concentrado de constitucionalidad, conforme como es delineado y establecido en el ordenamiento constitucional (incluido el italiano). Y lo ha hecho confiando al juez común la tarea de desaplicar directamente la norma nacional en los casos de contraste con los objetivos y los intereses europeos. Los jueces de Luxemburgo, concluye Riccardi, con lo resuelto en el caso *Taricco*, no han hecho otra cosa que trasladar el centro de gravedad de un control concentrado (sobre la legitimidad constitucional) a un “control difuso sobre la adecuación política-criminal de la ley” –traslación incluso extraña a las competencias de la Corte Constitucional italiana, siendo prerrogativa exclusiva del legislador–, a cargo del juez común (RICCARDI, 2017: p. 11).

El Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial presentada por la Corte Constitucional italiana reafirmando ante todo que el procedimiento

⁴³ La norma citada dice: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”. Sin resaltar en el original.

prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, “establece un *diálogo de juez a juez* entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión, así como su coherencia, su plena eficacia y su autonomía”.⁴⁴

En la práctica, como vemos, uno de los principales *focos* de conflicto en las relaciones interordinamentales no se supera –¿podría superarse en verdad?–, pues la cuestión prejudicial se traduce en la implementación, desde el DUE –al que cualquier Estado miembro está obligado–, de *un control difuso que tiende a fagocitarse, siempre que se trate de materias convergentes como los derechos y garantías, al control concentrado de constitucionalidad en manos de los jueces constitucionales.*

Los jueces de Luxemburgo, a continuación⁴⁵, insisten con los términos expuestos en la sentencia *Taricco I*, pero al mismo tiempo, se muestran *permeables* a las objeciones constitucionales defendidas por la Corte Constitucional italiana en la cuestión prejudicial. En este contexto, se reconoce expresamente a los jueces italianos un *margen nacional de apreciación*: corresponde al juez nacional “verificar” si la apreciación exigida en la sentencia *Taricco I*, conforme a la cual las disposiciones del Código Penal controvertidas impiden imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afectan a los intereses financieros de la UE, “conduce a una situación de incertidumbre en el ordenamiento jurídico italiano, respecto a la determinación del régimen de prescripción aplicable, que menoscaba el principio de precisión de la ley aplicable. De ser así, *el juez nacional no está obligado a dejar sin aplicación las disposiciones del Código Penal controvertidas*”.⁴⁶

En otras palabras, en su sentencia de *Taricco II*, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que: “Si el juez nacional considera que la obligación de no aplicar las disposiciones del Código Penal controvertidas vulnera el principio

⁴⁴ TJUE, sentencia de 5 de diciembre de 2017 (Gran sala), M.A.S. y M.B., C-42/17, EU:C:2017:936, apartados 22-23. Sin resaltar en el original.

⁴⁵ *Ídem*, apartado 39.

⁴⁶ *Ídem*, apartado 59.

de legalidad de los delitos y las penas, *no debería cumplir dicha obligación y ello aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión*”.⁴⁷

Como se puede observar, con el fin de evitar un *impacto frontal* con la Corte Constitucional italiana, los jueces de Luxemburgo *flexibilizan* sus dichos en *Taricco I* haciendo lugar a la *reinterpretación* del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, el cual –ahora– “debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a no aplicar, en el marco de un procedimiento penal que se refiere a infracciones relativas al IVA, disposiciones internas en materia de prescripción comprendidas en el Derecho material nacional que impiden la imposición de sanciones penales efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión o que establecen en el caso de fraudes que afecten a dichos intereses financieros plazos de prescripción más cortos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate, *a menos que la mencionada inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción*”.⁴⁸

V. Reflexión final: un marco dialógico para superar los conflictos de interpretación en materia de derechos

La visibilidad del *dilema Melloni* en el contexto de las relaciones interordinamentales que propone un escenario de protección multinivel, señala la raíz del conflicto: la convergencia de sistemas de derechos de naturaleza diversa (subsidiaria y supranacional). Pero a la vez, de frente a la concurrencia de intérpretes finales sobre una materia común, mira al diálogo interjurisdiccional

⁴⁷ *Ídem*, apartado 61.

⁴⁸ *Ídem*, apartado 62.

como la forma más idónea de articular el conflicto en circunstancias de interpretaciones divergentes.

CARTABIA alude a la situación descrita declarando que, el juez constitucional, se encuentra a menudo “en la encrucijada de estos tres sistemas [DUE-CEDH-Constitución]”. En efecto, al mismo tiempo, es llamado a ser custodio de la Constitución Nacional, garante de la observancia del DUE y guardián del CEDH (CARTABIA, 2017: p.12).

En ambos casos, *Melloni* y *Taricco*, nos encontramos frente a derechos proyectados en los tres niveles de protección nombrados. Sin embargo, se trata de derechos interpretados de manera divergente por el Tribunal de Justicia y los jueces constitucionales. En el centro del debate, no es casual entonces que se ubique el artículo 53 (CDFUE). Pensado y concebido para articular esta especie de conflictos, nos muestra los desafíos –¿y la viabilidad?– de integrar desde la supranacionalidad, en un ámbito territorial común, un sistema uniforme de derechos para la UE.

De cualquier forma, podemos trazar un rumbo desde la *primacía absoluta* del DUE defendida en *Melloni*, a una especie de *primacía integrada* en *Taricco* donde el Tribunal de Justicia se muestra más permeable a conciliar con las tradiciones constitucionales nacionales reconociendo, en consecuencia, cierto margen nacional de apreciación. Pero también es cierto que la materia que origina *Melloni* –una DM sobre la Euro-orden– es una materia expresamente consensuada entre los 27 Estados de la UE, mientras que la normas de prescripción en materia de delitos fiscales se encuentra en gran parte pendiente de armonización.⁴⁹ En otras palabras, allí donde el DUE demuestra un sólido y unánime compromiso estatal, difícilmente el Tribunal de Justicia renuncie a defender la primacía del DUE con tonalidades absolutas. Mientras que, tratándose de interpretaciones de derechos distantes en más o en menos de un

⁴⁹ Bélgica, Alemania y Francia han adoptado una *concepción procesal* de las normas de prescripción. En otros Estados miembros de la UE, como Grecia, España, Letonia, o incluso Rumanía o Suecia, estas normas, como en el ordenamiento jurídico italiano, entran dentro del ámbito del Derecho penal material. Para Polonia y Portugal en tanto las normas de prescripción constituyen tanto normas sustantivas como procesales.

consenso, las identidades constitucionales tendrían mayores posibilidades de ser integradas a dicha primacía.

De todos modos, no debe perderse de vista que el objeto y fin de debate hermenéutico es aquí sobre qué nivel de protección se debe reconocer en caso de conflicto de derechos. Lo cual impone que el diálogo lleve a la formación de consensos mínimos desde donde, pareciera ser la salida al dilema, poder concretar la anhelada unidad interpretativa. En esta tarea, es fundamental la relevancia –como lo ha demostrado el caso *Melloni*– de la jurisprudencia orientadora del TEDH.

En efecto, en su sentencia Nr. 26/2004 donde responde al Tribunal de Justicia, el Tribunal Constitucional español va a fundamentar su cambio de jurisprudencia en lo que hace a la interpretación del artículo 24.2 (constitución española) –o sea admite bajar el nivel de protección–, atendiendo más a la jurisprudencia de Estrasburgo que a las indicaciones de Luxemburgo.⁵⁰ En opinión de MACÍAS CASTAÑO, “recontextualiza” en cierta medida las razones del planteamiento de la cuestión prejudicial (MACÍAS CASTAÑO, 2014: pp. 135-136).

De este modo, se determina que, en la interpretación constitucional, “el canon de control que debemos aplicar”, ha de ser “integrado por los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España”. Entre tales tratados, se encuentran tanto el CEDH como la CDFUE, “que se constituyen, así, *junto con la interpretación que de los mismos llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales, en elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido absoluto* del derecho reconocido en el art. 24.2 [constitución española]. Contenido cuyo desconocimiento

⁵⁰ Ello posible gracias a que, el ordenamiento español se caracteriza –como la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos– por su *apertura* tanto hacia el derecho supranacional, vía el ya citado artículo 93 (constitución española) –que ha permitido la conexión directa con el derecho de la UE–, como hacía el derecho internacional de los derechos humanos (incluido el CEDH), mediante el desarrollo de una fórmula constitucional *punte* en el artículo 10.2 (constitución española).

determina la vulneración indirecta del derecho fundamental por parte de los órganos judiciales españoles”.⁵¹

Se reafirma, en este rumbo, la *autoridad interpretativa* no solo del Tribunal de Justicia, sino también del TEDH. Este último Tribunal, en la cuestión que ocupa el caso *Melloni*, ha interpretado como incluido dentro del *derecho a un proceso equitativo* recogido en el artículo 6 (CEDH), el derecho de las personas condenadas en rebeldía a que un tribunal se pronuncie de nuevo sobre el fondo del asunto tras oír al acusado. Sin embargo, la inclusión de tal derecho dentro del citado artículo 6 (CEDH) se ha *condicionado* por los jueces de Estrasburgo “a que estas personas, cuando hayan sido informadas de manera efectiva de las diligencias, no hayan renunciado de manera inequívoca a su derecho a comparecer”.⁵²

Por lo tanto, para el TEDH, la presencia del acusado en el juicio es un derecho básico de éste, pero no se infringe el artículo 6 (CEDH) cuando el acusado, debidamente emplazado, decida libremente renunciar a su presencia en el juicio, y siempre que cuente durante el mismo con la asistencia de Abogado para la defensa de sus intereses.⁵³

En el mismo sentido que el TEDH se expresó el Tribunal de Justicia al afirmar que, en lo que atañe al alcance del *derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo* previsto en el artículo 47 (CDFUE) y de los *derechos de la defensa* garantizados por el artículo 48.2 (CDFUE) “se ha de precisar que, aunque el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, aquel derecho no es absoluto”.⁵⁴ Este criterio, como ya observamos, fue confirmado por los jueces de Luxemburgo en el asunto *Melloni*.⁵⁵ Estamos en presencia, por lo tanto, de una *convergencia interpretativa* entre ambos tribunales internacionales.

⁵¹ STC 26/2014, 20/02/14, Fundamento Jurídico 4. Sin resaltar en el original.

⁵² STEDH, 1/03/06, *Sejdovic c. Italia* [n° 56581/00], apartado 82 y siguientes.

⁵³ Véase STEDH, 22/09/94, *Pelladoah c. Países Bajos* [n° 16737/90], apartado 40; y en el mismo sentido, STEDH, 23/11/93, *Poitrinol c. Francia* [n° 14032/88], apartado 35; *Lala c. Países Bajos* 22/09/94 [n° 14861/89], apartado 33; y *Van Geysegem c. Bélgica*, 21/01/99 [n° 26103/95], apartado 34.

⁵⁴ Véase, en particular, TJUE, sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, C-619/10, EU:C:2012:531, apartados 52 y 55.

⁵⁵ apartado 49.

El conflicto dentro de la *comunidad de intérpretes finales* se resuelve entonces en el asunto *Melloni* con la *deferencia* del Tribunal Constitucional español hacia el TEDH y el Tribunal de Justicia. Ambos tribunales *concuerdan* en la interpretación sobre el alcance que debe reconocérsele a los derechos en debate. En consecuencia, como las posturas de ambos tribunales supranacionales son “*coincidentes en buena medida*, operan, en el caso que nos ocupa, como criterios hermenéuticos”.⁵⁶

Hábilmente, sentencia ALONSO GARCÍA, el Tribunal Constitucional español redujo la colisión entre ambos ordenamientos jurídicos (el de la UE representado en el caso por la Euro-orden a su vez amparada por la CDFUE, y el constitucional interno interpretado hasta entonces, en materia de juicios en ausencia, de manera maximalista) al terreno de la armonía, estimando que la propia constitución española permitiría e incluso impondría asumir el parámetro de protección dispensado por la CDFUE, llamando integrar, por la vía del artículo 10.2 (constitución española), el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (ALONSO GARCÍA, 2014, P. 192).

La Corte Constitucional italiana, en cambio, en su sentencia Nr. 115/2018 al evaluar la respuesta de los jueces de Luxemburgo en *Taricco II*, no se mostró tan flexible. Cabe preguntarse si se trató de una *oportunidad perdida* para consolidar el diálogo con el Tribunal de Justicia ya que deja de lado el artículo 4.2 (TUE) utilizado en su presentación, y que consentiría una *vía de salida* a conflictos interordinamentales al promover una primacía integrada del DUE a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. A esta línea argumental se aproximó la respuesta en la sentencia *Taricco II*, la Corte Constitucional italiana persistió, sin embargo, en *defender a ultranza y de forma dogmática su monopolio sobre el control de constitucional y el consiguiente derecho a la última palabra*.

La eventual aplicación en el ordenamiento italiano de la llamada “regla *Taricco*”, insisten los jueces constitucionales, violaría los artículos 25.2 y 101.2

⁵⁶ STC 26/2014, 20/02/14, Fundamento Jurídico 4. Sin resaltar en el original.

de la Constitución italiana y “no podría por tanto ser consentida *ni siquiera a la luz de la primacía del derecho de la UE*. Sin embargo, a esta Corte le ha parecido que la misma sentencia Taricco (párrafos 53 a 55) tiende a excluir tal aplicación *en cada caso que la misma se encuentre en conflicto con la identidad constitucional del Estado miembro* y, en particular, implique una violación del principio de legalidad penal, según la apreciación de la autoridad competente del Estado. Lo interpretación precedente *ha sido confirmada* por la Corte de Justicia”.⁵⁷

La Corte Constitucional italiana interpreta la *flexibilización* expuesta en los argumentos de la respuesta del Tribunal de Justicia como una mera y simple *confirmación* de su derecho a la última palabra: “La autoridad competente para realizar el control solicitado por el Tribunal de Justicia es la Corte Constitucional, a quien corresponde en *vía exclusiva* la tarea de determinar si el Derecho de la Unión está en contraste con los principios supremos del orden constitucional y, en particular, de los derechos inalienables de la persona. Para este fin, el papel esencial del juez común consiste en señalar la duda sobre la legitimidad constitucional de la legislación nacional que da entrada a la norma europea y que genera el mencionado contraste”.⁵⁸

RUGGERI, en su comentario a la sentencia que observamos, llama la atención de que la Corte Constitucional italiana parte de la premisa de que solo al juez constitucional le compete decir la última palabra en lo que respecta a la observancia de los “contra límites”. Esta afirmación, según el autor que seguimos, tiene entre sus proyecciones afectar las relaciones entre dicha Corte con el Tribunal de Justicia, “a quien se dirige un claro mensaje según el cual ningún espacio (margen de apreciación) puede serle reconocido en orden al reconocimiento de los principios fundamentales del derecho interno, así como en relación a los elementos constitutivos y expresivos –lo cual se hace notar en la sentencia en examen de modo insistente– de la identidad constitucional del ordenamiento estatal” (RUGGERI, 2018). La crítica de RUGGERI en este punto es que, la sentencia Nr. 115/18, *no utiliza ninguna palabra en resaltar la importancia*

⁵⁷ SCCI Nr. 115 de 10 de abril de 2018, punto 5 de los considerandos en derecho.

⁵⁸ *Ídem*, punto 8 de los considerandos en derecho. Sin resaltar en el original.

que para el ordenamiento jurídico de la UE reviste el artículo 4.2 (TUE) –como sí lo había hecho la citada ordenanza Nr. 24/2017– y en la llamada “europeización de los contra límites”.

El mensaje, escribe RUGGERI, es claro y decididamente afirmado: “ninguna responsabilidad se puede compartir con los jueces internos ni con cualquier otro que trate de establecer cuáles son y cómo operan los principios en cuestión”. En síntesis, una vez recibida la respuesta *adecuada* de los jueces de Luxemburgo al ultimátum manifestado por la Corte Constitucional italiana en la cuestión prejudicial planteada, ésta última no se ha limitado –como señala el autor hubiese sido sumamente oportuno– a tomar conocimiento de la respuesta recibida, pero desplazando el objeto de la misma hacia la identidad constitucional. Sino que intentó obtener, en un solo golpe, un doble resultado: reafirmar la primacía de la Constitución en su expresión más calificada (los principios fundamentales) en su relación con el derecho supranacional en general (con el objeto de hacer valer los contra-límites) y, al mismo tiempo, “reafirmarse como el intérprete y garante exclusivo de la misma primacía, relegando a otros operadores institucionales (y, en particular, a los jueces comunes) a un rol meramente auxiliar”.⁵⁹

Coincidimos con RUGGERI al calificar la sentencia como una “mala decisión”, portadora de un modelo de relaciones interordinamentales que aparece “envejecido e impensable, ciertamente no beneficioso a la causa de la integración supranacional” y, al mismo tiempo, portador de un modelo de relaciones institucionales “no inspirado por una cooperación igualitaria y fecunda”. En definitiva, la sentencia anotada parece portadora de un ordenamiento estatal “en un todo separado” del ordenamiento de la UE. El cual, caracterizado por una identidad constitucional propia, no comparte con la identidad de la UE ni siquiera el “núcleo duro” de una tradición constitucional en lo que específicamente refiere al derecho penal. Todo ello, ralentiza el proceso

⁵⁹ Sin resaltar en el original.

de integración y lo obliga a entrar en espacios institucionales objetivamente restringidos.

Lo expuesto hasta aquí no implica que la construcción de un sistema de derechos de la UE implique relegar la primacía del DUE derivada de su supranacionalidad, o bien la supremacía constitucional. Implica, ante todo, no relegar el consenso que procura un diálogo permanente entre Cortes y que debiera encontrarse en la base de aquel sistema de derechos.

VI. Bibliografía

AGUILAR CALAHORRO A. (2011), *La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*. Revista de Derecho Constitucional Europeo”, año XVIII, N° 16, pp. 471-512.

ALONSO GARCÍA, R. (2001). *El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Cuadernos de Derecho Público, N° 13, pp. 13-43.

— (2014). *El juez nacional ante la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Pamplona: Civitas.

ARROYO JIMÉNEZ, L. (2011). *Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias*. WP IDEIR, N° 8.

CARTABIA, “Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (16/07/2017)”, *Rivista AIC/Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, N°: 3/2017, en www.rivistaaic.it

CIVELLO CONIGLIARO S., LO FORTE S. (2013). *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell’Unione europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*. Diritto penale contemporaneo, 3 giugno 2013, Accesible en: <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/2317-cooperazione-giudiziaria-in-materia-penale-e-tutela-dei-diritti-fondamentali-nell-unione-europea>.

DÍAZ CREGO, M. (2009) *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Madrid: Reus editorial.

GAMBINO, S. (2012). *Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea*, “Revista de Derecho Constitucional Europeo”, año IX, N° 18, pp. 55-94.

— (2014). *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, N° 13/2014. Accesible en: [http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=26474&dpath=document&dfile=23062014174633.pdf&content=Livello+di+protezione+dei+diritti+fondamentali+\(fra+diritto+dell%E2%80%99Unione,+convenzioni+internazionali,+costituzioni+degli+Stati+membri\)+e+dialogo+fra+le+Corti.+--+stato+--+dottrina+--+](http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=26474&dpath=document&dfile=23062014174633.pdf&content=Livello+di+protezione+dei+diritti+fondamentali+(fra+diritto+dell%E2%80%99Unione,+convenzioni+internazionali,+costituzioni+degli+Stati+membri)+e+dialogo+fra+le+Corti.+--+stato+--+dottrina+--+)

GARCÍA ROCA, J. (2003). *Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 119, pp. 165-190.

— (2012). *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales*. Teoría y Realidad Constitucional, N° 30, pp. 183-224.

GARCÍA SÁNCHEZ, B. (2013), *¿Homogeneidad o estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la Eurorden europea?*. Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año XVII, N° 46.

LACOMETTI, M. (2013). *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*. Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio, ottobre 2013. Accesible en: <http://www.osservatorioaic.it/il-caso-melloni-e-l-interpretazione-dell-art-53-della-carta-dei-diritti-fondamentali-dell-unione-europea-tra-corte-di-justizia-e-tribunale-costituzionale-spagnolo.html>

LÓPEZ CASTILLO, A. (2001). *Algunas consideraciones sumarias en torno a la carta de derechos fundamentales de la unión europea*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)”, N° 113, pp. 43-74.

MACÍAS CASTAÑO, J. M. (2014). *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional. El asunto Melloni*. Barcelona: Editorial Atelier.

MARTUFI A. (2017) *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte Costituzionale. Diritto Penale Contemporaneo*, 11/05/2017. Accesible en: [en www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

OLIVER LEÓN, B. (2003). *La Carta De Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)”, N° 119, pp. 221-259.

PIZZOLO, C. (2010). *Derecho e Integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*. Buenos Aires: Ediar.

— (2017). *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*. Buenos Aires: Astrea.

REPETTO, G. (2016). *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*. Rivista AIC- Associazione Italiana Costituzionalisti, N° 2/2016 (15/05/2016). Accesible en: www.rivistaaic.it

RICCARDI, G. (2017). *“Patti chiari, amicizia lunga”*. La Corte Costituzionale tenta il «dialogo» nel caso Taricco, esibendo l’arma dei controlimiti. Diritto Penale Contemporaneo, 27/03/2017. Accesible en: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/RICCARDIGIUSEPPE_2017a.pdf

RUBIO LLORENTE, F. (2002). *Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)*. Revista Española de Derecho Constitucional”, N° 64, pp. 13-52.

RUGGERI A. (2017). *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti” (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*. Consulta on line, N° 1/2017. Accesible en: www.giurcost.org.

—. *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dl caso Taricco)*. Diritto Penale Contemporaneo, N° 4/2014. Accesible en: www.penalecontemporaneo.it.

—. *Taricco, amaro finale di partita, Consulta on line*, N° 3/2018. Accesible en: www.giurcost.org

SÁIZ ARNAIZ A. (2001), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?*. Cuadernos de Derecho Público”, N° 13, pp. 153-170.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (2003) *Constitución y orden constitucional en la Unión Europea*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 119, pp. 57-80.

TORRES MURO I. (2013). *La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)*. Revista Española de Derecho Constitucional”, N° 97, pp. 343-370.

TORRES PÉREZ A. (2014), *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*. European Constitutional Law Review, Vol. 10, N° 2, pp. 308-331, doi:10.1017/S1574019614001199.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA J. I. (2013), *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional español*. Teoría y Realidad Constitucional, N° 32, pp. 391-428.

WEBER A. (2002). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, N° 64, pp. 79-97.

Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH