

LEGITIMIDAD Y APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO PENAL EUROPEIZADO

Adán Nieto Martín

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Castilla-La Mancha

Probablemente una de las características más sobresalientes de la LO 5/2010 es que incorpora al CP un buen número de preceptos que tienen su origen en Directivas o Decisiones marco de la Unión Europea, y que afectan tanto a la PG (comiso, responsabilidad penal de personas jurídicas) como, sobre todo, a la PE, introduciendo o reforman numerosos tipos penales. El objeto de estas breves líneas es resaltar los aspectos comunes de este conjunto de preceptos, como consecuencia de su origen supranacional. Estas disposiciones constituyen una suerte de microcosmos dentro del CP con problemas de legitimidad, con una hermenéutica propia, con particularidades procesales e incluso con un marco de derechos fundamentales parcialmente distinto al del resto de los tipos del Código penal.

a) Los problemas de legitimidad: la reserva de ley europea.

Uno de los rasgos más importantes de la política criminal contemporánea: su internacionalización. Aunque los manuales de derecho penal sigan hablando del derecho penal como un atributo de la soberanía estatal, esta afirmación desde hace algunos años ha dejado de ser verdadera. Como muestra la reciente reforma del CP, las grandes líneas de la política criminal en ámbitos que van desde el terrorismo al derecho penal del mercado de valores, pasando por la corrupción, el blanqueo de capitales, la trata de seres humanos, la criminalidad organizada, informática etc. no se diseñan hoy por los parlamentos estatales sino por actores internacionales, agrupados en ocasiones en internacionales clásicas, pero otras veces agrupados de manera mucho más informal.

Esta circunstancia exige repensar el significado que hoy tiene la reserva de ley penal, que constituye uno de las herramientas básicas de legitimación del derecho penal.¹ La reserva de ley penal que hoy conocemos es una mezcla de la concepción del poder estatal que surge tras la paz de Westfalia, donde se vincula soberanía y territorio, y de la idea de contrato social de los revolucionarios franceses. Sólo los representantes de los ciudadanos en las Asambleas legislativas, debían tener capacidad para establecer delitos y fijar penas. Este proceso, al menos teóricamente, garantizaba la racionalidad y lo que hoy se llama *accountability*. Las leyes penales debían someterse a un debate abierto, en el que es de suponer triunfarían los mejores argumentos, que además tenía que ofrecerse en debate público, lo que garantizaba que los ciudadanos pudieran controlar a sus representantes, y votar en consecuencia. Con el nacimiento de la justicia constitucional a partir del periodo de entreguerras, está *accountability* se plasmó también en un control judicial del legislador, realizado sobre la base de principios constitucionales.

Esta concepción de la reserva de ley vinculada a la soberanía popular estatal, en un contexto en el que las decisiones de política criminal están dominadas por actores internacionales hoy ya no sirve. Desde luego, lo que no podemos hacer es conformarnos con el argumento de que las Asambleas legislativas nacionales tienen en última instancia en su mano la ratificación de un tratado o una decisión marco. Esto, de nuevo era cierto en el marco de las relaciones internacionales clásicas, las que dominaron hasta el fin de la guerra fría, pero no en el marco de las relaciones internacionales del “mundo globalizado”, donde los Estados y por tanto las asambleas nacionales, no tienen margen de maniobra política para rechazar la normativa que fijan los actores internacionales en materia de drogas, blanqueo de capitales, terrorismo, corrupción, mercados financieros etc. En todos estos terrenos, el papel de las asambleas legislativas no es otro que el de asentir y transponer. Por razones de tiempo, no puedo describir todos los matices que tiene este proceso, ni quienes son sus principales actores, que en muchas ocasiones no son otros sino las grandes sociedades multinacionales que intentan, y casi siempre lo consiguen, globalizar una determinada normativa.² Lo único que quiero subrayar es que este nuevo escenario afecta plenamente al corazón de la legitimidad del derecho penal que es la reserva de ley.

¹ Cfr. Muñoz de Morales, El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad. Tesis doctoral. Universidad de Castilla la Mancha. 2010, especialmente pág. 345 ss.

No obstante, y como la situación no va a cambiar, antes al contrario, el gran reto es construir una reserva de ley supranacional que obligue a las organizaciones internacionales a ser más democráticas, transparentes en su toma de decisiones, que habrían de realizarse en un proceso mucho más participativo y deliberativo. Dicho de una forma demasiado sintética: la nueva reserva de ley debe basarse más en la democracia deliberativa (Habermas) que en la clásica democracia representativa.³

Aunque no de manera aún perfecta, el Tratado de la Unión Europea, tras la reforma operada por el tratado de Lisboa ha dado pasos importantes en este sentido con la generalización del procedimiento de codecisión, permitiendo la participación de los parlamentos nacionales desde una fase temprana del procedimiento. A partir de criterios de buena gobernanza la Unión Europea ha insaturado instrumentos para garantizar una mayor racionalidad legislativa como las evaluaciones de impacto y procedimientos de consulta en relación a sus iniciativas legislativas. Los art. 10 y 11 del TUE sientan las bases de un modelo de legitimidad cimentado tanto en la democracia representativa (art. 10.1), como en la existencia de un diálogo permanente con la sociedad civil (art. 11).⁴

El Tribunal Constitucional alemán en su importante sentencia de junio de 2009 acerca de la constitucionalidad de la Ley alemana de Trasposición del Tratado de Lisboa, ha realizado un conjunto de reflexiones críticas acerca de la legitimidad del proceso de armonización europeo que enlazan de lleno con el significado de la reserva de ley penal.⁵ En efecto, para el TC alemán la transferencia de competencias penales a la UE está vaciando de contenido el derecho de voto de los ciudadanos alemanes, que configura como un derecho subjetivo de carácter público. El derecho de voto garantizaría un derecho a la libre e igual participación del poder público, que derivaría de la dignidad del hombre. Por ello el legislador ordinario alemán no tendría, a juicio del TC alemán, competencias para transferir a la UE más competencias en materia penal

² Es fundamental, Delmas Marty/Sieber/Pieth, Los caminos de la armonización penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

³ Cfr. Muñoz de Morales, Legitimidad y Racionalidad, op. cit., p. 426 ss, 481 ss.

⁴ Un intento importante, desde otros presupuestos, de construir la reserva de ley europea en Grandi, Nullum crimen sine lege parlamentaria y derecho penal europeo, y Scoletta, El principio de legalidad penal europeo, en Díez Picazo L/Nieto Martín, Derechos fundamentales y Derecho penal europeo, Civitas, 2010, p. 180 ss y 251 ss, respectivamente

que las que se han conferido a través del Tratado de Lisboa y, en cualquier, caso obliga a una interpretación restrictiva de las competencias que para la armonización del derecho penal se contienen en el art. 83.2 del TUE. Para el TC alemán el derecho penal no es una competencia más, sino que afecta a condiciones esenciales de vida de los ciudadanos como es su seguridad y libertad. En esta materia la existencia de una opinión pública europea real, que evidencie alternativas y se realice a partir de las características sociales, culturales e incluso lingüísticas de los pueblos resulta esencial.

A la vista de cuanto acaba de decirse, la argumentación del TC está construida sobre una concepción de la soberanía estatal que probablemente ya ha sido superada por la realidad. En lo que atañe, concretamente, al derecho penal europeo no puede decirse que tal como hemos visto la UE carezca de un modelo de legalidad alternativo al que ha operado desde la revolución francesa en las constituciones europeas. Es más el TC desconoce el deterioro que por múltiples causas han sufrido los procesos legislativos nacionales, donde las decisiones de penalización se toman a través de un proceso en el que el parlamento es dominado por las burocracias ministeriales y donde la opinión pública en materia penal se conforma de una forma bastante irracional e impulsiva, a través de medios de comunicación sensacionalistas.⁶ En pocas palabras, el TC se aferra a dos modelos en crisis el de la soberanía nacional como único cauce de expresión de los derechos de participación de los individuos y el de un modelo de reserva de ley que es incapaz de garantizar estos derechos de participación y la racionalidad legislativa.

Cosa bien distinta es que no debemos exigir del proceso de armonización del derecho penal europeo que respete los principios básicos del derecho penal liberal,⁷ y que además no exijamos mayores cotas de legitimidad democrática a otras organizaciones internacionales donde se negocian convenios muy importantes en materia penal y miremos aún con más recelo aquellos convenios internacionales que se negocian fuera de estas instituciones. Probablemente el ejemplo más palmario es el reciente tratado

⁵ Cfr. Böse, La sentencia del TC alemán sobre el Tratado de Lisboa y su significado para la europeización del derecho penal, en *Revista General de Derecho Penal*, 2010, nº 14.

⁶ Cfr. Muñoz de Morales, *Legitimidad y Racionalidad*, op. cit. p. 365 ss.

⁷ Vid. el Manifiesto para una Política Criminal Europea, elaborado por un grupo de penalistas de diversos países de la UE, en donde se reclama precisamente que las líneas básicas del derecho penal europeo no abandonen los principios básicos de derecho penal (el “Manifiesto” puede consultarse en *Revista Penal*, nº 27, 2011 y en *Revista General de Derecho Penal*. Iustel, 2010 nº 13).

sobre falsificación (ACTA) que ha sido negociado en un ambiente extraordinariamente opaco, empeñándose además los países impulsores del acuerdo en dejar de lado para su aprobación las organizaciones internacionales.⁸

c) *Nuevas formas de interpretación*

El derecho penal de origen supranacional, pero sobre todo el procedente de la UE, tiene también criterios de interpretación peculiares. Hace ya décadas que TJUE proclamó el principio de interpretación conforme a las directivas, a tenor del cual las normas nacionales provenientes de una directiva europea debían interpretarse en atención al significado que sus términos tuvieran en la directiva europea y a la luz de sus finalidades. Cuando al TJUE le llegó la hora de trasladar este principio hermenéutico al ámbito del derecho penal fue además extremadamente cauteloso, señalando que en modo alguno la interpretación conforme a las directivas podía ser utilizada para violar las garantías básicas del derecho penal como singularmente la prohibición de analogía o irretroactividad.⁹ Esto significa fundamentalmente que si el legislador nacional al transponer la directiva, utilizó términos más restrictivos, cuyo tenor literal posible no permitían captar la totalidad de los significados que contenía el término empleado por la directiva, nada autorizaba al juez nacional a saltar por encima del tenor literal posible invocando el principio de interpretación conforme a las directivas para aplicar el tipo penal a casos que quedaban con toda claridad fuera de su ámbito de aplicación.

En la sentencia Pupino el TJUE consideró que este principio era también de aplicación a las decisiones marco. Aunque hoy, tras la entrada en vigor de la reforma operada por el Tratado de Lisboa, la cuestión carece de importancia práctica, Pupino en un tiempo de grandes turbulencias acerca del futuro de los proyectos de reforma supuso un notable acercamiento de las normas del tercer pilar con las del primer pilar, difuminando las fronteras entre decisiones marco y directivas, que al fin y al cabo es lo que ha venido a consagrar el Tratado de Lisboa, con la demolición del sistema de pilares y la unificación del sistema de fuentes, generalizando la aplicación de las directivas. La actualidad de Pupino reside hoy en que sigue siendo un buen ejemplo para mostrarnos la sutil línea que separa el efecto directo de la interpretación conforme. La interpretación conforme

⁸ De hecho las negociaciones del ACTA se conocieron gracias a una filtración de wilkileaks

⁹ Nieto Martín, Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo. Praxis. 1996, p. 294 ss.

constituye una forma más sutil de lograr el efecto directo. Por otro lado, Pupino también mostró como el principio de legalidad no resuelve todos los casos que este tipo de interpretación puede plantear al derecho penal. Allí donde la interpretación conforme sirve para aumentar por ejemplo los derechos de las víctimas en el proceso penal, no puede negarse que esto puede tener un coste en los derechos de defensa de las personas imputadas.¹⁰

Mas, a mi juicio, a la hora de interpretar los preceptos que provienen del decisiones marco y – hoy ya solo – directivas de la UE no solo es relevante atender –verticalmente– a la norma de armonización nacional, sino que también resulta de utilizad, en un plano horizontal, las transposiciones que de la norma supranacional han realizado otros estados miembros. Todas las transposiciones de una directiva, conjuntamente con ésta, constituyen un conjunto normativo con entidad propia. El fin último de las directivas que no es otro que aproximar los derechos nacionales se garantiza mucho mejor si cada intérprete nacional atiende a la transposición realizada por otro legislador e incluso tienen en cuenta la jurisprudencia que van produciendo sus tribunales acerca del significado de un determinado término. En otras palabras, en los tipos penales de origen supranacional la utilización del derecho comparado, no constituye una suerte de ejercicio de erudición, sino que representa una herramienta necesaria para realizar este tipo de interpretación horizontal.

c) El papel del TJUE y la federalización del derecho penal

En el derecho penal europeizado las alteraciones en los nuevos criterios hermenéuticos vienen acompañadas de una profunda alteración del órgano judicial que tiene la última palabra en la interpretación del tipo penal. El TJUE ha utilizado la cuestión prejudicial para convertirse de facto en el Tribunal Supremo Federal del derecho penal armonizado, desplazando a los Tribunales Supremos nacionales.¹¹ La cuestión prejudicial constituye un mecanismo de diálogo entre los jueces europeos y nacionales, en virtud del cual estos manifiestan sus dudas acerca de la interpretación de los tratados y de los actos

¹⁰ Cfr. Sarmiento, Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la UE. La sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco. Revista electrónica de estudios internacionales, nº 10, 2005.

¹¹ En lo que sigue con ulteriores referencias Nieto Martín, Modelos de organización judicial en el Derecho penal europeo, en Díez Picazo L. /Nieto Martín, Derechos fundamentales, op. cit, p. 116 ss.

precedentes de la UE. Dado que el derecho penal nacional de procedencia europea procede de directivas o decisiones marco y los tipos penales nacionales deben interpretarse conforme a las normas europeas, es frecuente que los jueces nacionales utilicen la cuestión prejudicial para preguntar al TJUE acerca de cuál es el sentido de la norma europea para así poder realizar la interpretación del derecho nacional. Aunque conforme a este mecanismo el TJUE en principio no interpreta las normas nacionales, en realidad al interpretar el sentido de la norma europea a la luz de un concreto problema hermenéutico planteado por el juez nacional, en realidad la cuestión prejudicial acaba interpretando la norma nacional.

En el diseño originario de la cuestión prejudicial se conformaba como un sistema de diálogo horizontal entre jueces europeos y nacionales. Sin embargo, el TJUE paulatinamente ha ido convirtiendo este sistema de dialogo horizontal en una relación vertical, en la que sus decisiones a efectos interpretativos tiene una eficacia similar a las sentencias de un Tribunal Supremo Federal. A través de las doctrinas del acto claro instaurada en 1963, el Tribunal europeo señaló que la interpretación que da a un determinado asunto planteado por un tribunal nacional es válida y vinculante para el resto de hechos similares. Lo que supone instaurar un sistema de precedentes. En 1983, a través del asunto Cilfit¹², el TJUE refuerza su posición a través de la doctrina del acto aclarado, indicando que aunque la cuestión de hecho no resulta idéntica, no existe posibilidad de cuestión prejudicial si conforme a decisiones anteriores el hecho puede considerarse aclarado. Esa doctrina le proporciona un dominio sobre la evolución de su política judicial semejante al que el TS de los EEUU tiene a través del certiorari.

La intervención del TJUE en la interpretación del derecho penal europeizado puede ser clave para garantizar una armonización efectiva y una mayor seguridad jurídica en la aplicación de este derecho. Sin embargo, la cuestión prejudicial plantea importantes problemas desde el punto de vista de los principios del derecho penal, sobre los que merece reflexionar ante el creciente número de cuestiones prejudiciales que sin duda se plantearán en los próximos años, dada la competencia plena del TJUE en las materias de justicia e interior que ha instaurado el Tratado de Lisboa y el creciente proceso de armonización del derecho penal.

¹² STJCE, 6-10-1982, Cilfit, Asunto 283/81, Rec. 1982 I-3415

La cuestión prejudicial plantea problemas de compatibilidad con la garantía a un proceso sin dilaciones indebidas. Todo juez sabe que plantear una cuestión prejudicial puede retrasar considerablemente un proceso, donde además pueden existir personas privadas de libertad. Quizás por esta razón la cuestión prejudicial representa una suerte de tabú entre los jueces penales españoles que apenas la han utilizado a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con sus colegas italianos. El Tratado de Lisboa ha intentado atajar este problema señalando expresamente que “cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad” (art. 267.2). A partir de enero de 2010 entró en vigor un procedimiento acelerado para resolver estas cuestiones. En este punto se especula incluso con la creación de una sección de lo penal del TJUE que sería competente para la resolución de estas cuestiones prejudiciales.

Pero no es este sólo el problema que plantea la cuestión prejudicial al derecho penal. Como es sabido, sólo los tribunales de última instancia, ante los que no cabe ulterior recurso, están obligados a plantear la cuestión prejudicial, no así los jueces de primera instancia, ni tampoco los de instrucción o, en otros países, los jueces de libertades. En el marco del proceso penal puede ocurrir que el procesado, sometido por ejemplo a medidas cautelares, piense que por ejemplo su conducta es atípica realizando una interpretación conforme al derecho europeo, sin que sea esta la opinión de los jueces nacionales. Esperar años para que por fin pueda pronunciarse el TJUE no parece lo más lógico. Por esta razón en estas circunstancias la cuestión prejudicial debería plantearse cuanto antes, pues ello supone, entre otras cosas, negarle el derecho a una tutela judicial efectiva. Algunos autores incluso han propuesto que en materia penal se establezca una cuestión prejudicial ex ante, con el fin de que no haya que esperar a un espacio tan delicado para los derechos fundamentales como es el proceso penal para plantear las dudas acerca de la interpretación o legitimidad de los preceptos europeos.

d) *Derechos fundamentales europeos y derecho penal europeo o el carácter federalizante de los derechos fundamentales.*

Un cuarto problema del derecho penal europeizado es el relativo a cuál es su estándar de derechos fundamentales. Como es conocido, la afirmación del carácter autónomo del derecho comunitario y su primacía sobre los ordenamientos internos trajo consigo el que el Tribunal de Luxemburgo afirmara, en los primeros años setenta del pasado siglo, el que los derechos fundamentales formaban parte del derecho comunitario. Los derechos fundamentales formaban parte de los principios generales de este Derecho y procedían de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, de los Tratados internacionales que estos habían firmado y muy especialmente del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH. En años sucesivos la jurisprudencia del TJUE fue aclarando el contenido de muchos derechos fundamentales relacionados con el derecho penal. La mayoría de estas decisiones han tenido que ver con las sanciones impuestas por la Comisión europea en materia de competencia, donde se han ido perfilando los derechos del proceso debido y principios como el de irretroactividad, prohibición de analogía, proporcionalidad etc. El tratado de Lisboa, mediante su remisión a la Carta Europea de Derechos fundamentales, positiviza el contenido de los derechos ya reconocidos, lo que sin duda hará más fácil su interpretación y aplicación, y consagra además derechos fundamentales en materia penal que no siempre es fácil encontrar en las constituciones nacionales o convenciones internacionales, como por ejemplo el principio de proporcionalidad de las penas o la retroactividad favorable al reo.

El primer problema que plantea este catálogo de derechos fundamentales es hasta qué punto son de aplicación al derecho penal europeizado. Esta fuera de toda duda, en primer lugar, que el estándar supranacional de derechos fundamentales se aplica directamente a las directivas y decisiones marco que armonicen el derecho penal nacional. El TJUE debe considerar nulas aquellas directivas que contradigan algún derecho fundamental europeo. En lo que se refiere, en segundo lugar, al derecho penal nacional que resulta de la transposición de estas directivas, el TJUE declaró hace ya años que las normas nacionales que transponen directivas europeas deben respetar el cuadro de derechos fundamentales supranacionales. De este modo, el derecho penal europeizado debe considerarse contrario al derecho comunitario cuando viole el contenido de algún derecho fundamental. Más en tercer lugar, el aspecto más dudoso es si los derechos fundamentales supranacionales sirven también para controlar las normas procesales mediante las que se aplica el derecho penal europeizado. Mediante el asunto

Wachauf el TJUE señaló en 1989 ¹³ que los derechos fundamentales europeos eran de aplicación no sólo a las normas nacionales que transponían la normativa europea, sino también a aquellas normas nacionales que servían para hacer operativas normas de procedencia supranacional. Aunque la expresión “hacer operativo” contiene cierto grado de ambigüedad, lo cierto es que trasladada esta doctrina al ámbito del derecho penal sus implicaciones pueden ser revolucionarias. Ni más ni menos, que el conjunto del derecho procesal penal que se utiliza para aplicar (“hacer operativos”) los tipos penales de procedencia europea deberían respetar el estándar supranacional.

Un ejemplo puede ayudar a entender lo anterior. Como es sabido, la regulación española de las escuchas telefónicas ha sido considerada por el TEDH contraria al art. 8, en el que se protege el secreto de las comunicaciones; puesto que, en la construcción de un derecho fundamental europeo, el CEDH constituye el listón básico a la hora de construir el derecho fundamental europeo, resulta razonable pensar que la regulación de las escuchas telefónicas de la LECr es contraria al art. de la Carta Europea de Derechos fundamentales. Esta situación puede afectar a todos los procesos penales relativos al derecho penal europeizado (por ejemplo, inmigración ilegal) en los que se utilizan escuchas telefónicas.

Es verdad que el TJUE hasta ahora no ha indicado nada similar, pero la aplicación de la jurisprudencia *Wachauf* al ámbito penal puede llevar a situaciones como las que se acaban de describir. Es más en un ámbito tan cercano al derecho penal, como es el derecho sancionador administrativo la propia normativa comunitaria establece una previsión semejante. El Reglamento 1/2003 tiene como objetivo “delegar” en los estados miembros la sanción de las infracciones a las normas básicas del derecho de la UE en materia de competencia, a diferencia de lo que ocurría en el viejo sistema de 1963 en donde la Comisión ejercía un monopolio para sancionar estas infracciones. En el nuevo marco jurídico los Estados miembros utilizan su propio derecho de la competencia para sancionar estas infracciones. Ahora bien, tal como indica el Reglamento 1/2003 en su considerando número 5 la aplicación del derecho nacional, que en definitiva viene a hacer “operativo” el derecho europeo debe hacerse respetando

¹³ STJCE *Wachauf*, de 13 de Julio de 1989, as. 5/88, Rec. 1989, págs. 2583 ss.

“las garantías fundamentales básicas que derivan de los derechos fundamentales de la UE”.

La doctrina habla del carácter federalizante de los derechos fundamentales para designar la progresiva aproximación que por esta vía puede producirse de parcelas del derecho nacional que caían fuera de la competencia de la UE. La audacia de la doctrina del TJUE se evidencia cuando se la compara con la jurisprudencia del TS de los Estados Unidos que, en un principio fue contraria a que los derechos fundamentales de la federación pudieran invocarse para examinar la constitucionalidad de normas estatales. En concreto en materia penal sólo a partir de los años 60, y sobre todo tras *Duncan v. Louisiana* (1968), el TS consideró aplicable los derechos ligados al debido proceso al derecho federal, y aún así se ocupa en ocasiones de dotar de distintos contenidos al derecho fundamental cuando actúa sobre el derecho federal que cuando se proyecta sobre una norma estatal.¹⁴

e) ¿Demasiados jueces constitucionales?

El protagonismo que conforme a lo que acaba de indicarse tienen los derechos fundamentales supranacionales en el derecho penal europeizado nos sitúa ante la compleja cuestión de cómo articular la relación entre jueces europeos, jueces penales nacionales y jueces constitucionales. Por supuesto, que este no es un problema específico del derecho penal, pero dada la alta incidencia que este derecho tiene en los derechos fundamentales es probable que aquí exista terreno abonado para el conflicto. Las cuestiones a debatir son básicamente las siguientes:

- (a) Un juez penal nacional debe aplicar un tipo penal nacional que proviene de la transposición de una directiva europea y considera que es contrario a un derecho fundamental europeo, pero también al contenido de un derecho fundamental interno (doble duda de constitucionalidad)
- (b) El juez interno considera que la norma nacional que transpone la norma europea es contraria a un derecho fundamental interno, aunque no necesariamente a un derecho fundamental de la UE. Un ejemplo sería el supuesto de hecho que dio

¹⁴ Cfr. Ferreres Comella, *La federalización del derecho penal: el caso americano*, en Diez Picazo L/Nieto Martín A, *Derechos fundamentales y derecho penal europeo*, op. cit, p. 22 ss.

lugar a la STC 199/2009. A estas alturas está claro que la doctrina del TC acerca de la admisibilidad de los juicios en rebeldía en relación al derecho de defensa (STC 91/2000), es más estricta que lo que señala el derecho de la UE, donde los juicios en rebeldía se admiten bajo determinados requisitos (vid. Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009).¹⁵

Teóricamente los supuestos b) debieran ser supuesto sencillos: el estándar de derechos fundamentales a aplicar debiera ser el del derecho europeo, como consecuencia del principio de primacía y del carácter autónomo de este ordenamiento. La opción más estricta del TC español acerca de la compatibilidad de los juicios en rebeldía puede seguir siendo aplicada en asuntos internos o que en casos de cooperación judicial fuera del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia. Ahora bien, como es sabido no está claro en qué medida el TC español admite el principio de primacía cuando ello puede afectar al contenido de derechos fundamentales internos.

Una solución aceptable es la del TC alemán en el caso Solange, en la que el Tribunal interno admite la primacía, y por tanto renuncia a aplicar su estándar de derechos fundamentales, en tanto en cuanto la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento supranacional en términos generales pueda considerarse equivalente o similar a la del ordenamiento interno. Hasta ahora esta ha sido también la posición del TEDH. En el *leader case* en esta materia *Bosphorus* ¹⁶se apostó por la solución de la equivalencia global. El TEDH no entraba a juzgar la compatibilidad con el CEDH de un Reglamento europeo aplicado por Irlanda, por considerar que la tutela que el ordenamiento de la UE prestaba a los derechos fundamentales era en líneas generales similar a la ofrecida por el Convenio.

Más complejos de partida son los casos en los que la norma penal sufre una doble crisis de validez (nacional y supranacional). El juez interno tiene una posición complicada en cuanto que para conocer el resultado final del caso, necesita en principio la respuesta de del TC y del TJUE. En estos supuestos además las decisiones de estos dos tribunales

¹⁵ Al respecto de esta sentencia Rodríguez Horcajo, Derecho europeo y Derecho nacional: dos piezas (a veces) difíciles de encajar. Comentario a la sentencia del TC 199/2009 de 28 de septiembre, Revista General de Derecho Penal, Iustel, 2010, 14.

¹⁶ STEDH, *Bosphorus v Irlanda*, 30 junio 2005.

están recíprocamente condicionadas, en cuanto que la respuesta de uno u otro no debería realizarse aisladamente.

En realidad la situación ideal en ambos casos (a y b) sería una situación de diálogo entre el TJUE y las Cortes Constitucionales, lo que exigiría que nuestro TC utilizará antes de tomar su decisión, la cuestión prejudicial para preguntar al TJUE cuál es el contenido que da al derecho fundamental. En esta situación ideal el papel del juez ordinario se limitaría a interponer un recurso de inconstitucionalidad ante su tribunal constitucional, para que éste decidiera tras conocer cuál es la opinión del tribunal europeo. Es lo que por ejemplo ocurre en Bélgica donde la Corte de Arbitraje, cuando ha tenido dudas acerca de la constitucionalidad de un precepto interno que transpone una directiva comunitaria o una Decisión Marco, pregunta antes de adoptar su decisión al TJUE para conocer su interpretación del derecho fundamental en liza. La sentencia del TC 109/2009 muestra que estamos muy lejos de esta actitud. Resulta incomprensible que el TC ante un norma comunitaria, como es la DM 2009/299, que establece una solución supranacional al problema de las sentencias en rebeldía, inspirándose en las jurisprudencia del TEDH, no haya considerado oportuno preguntar prejudicialmente al Tribunal de Luxemburgo acerca de cuál es su interpretación acerca del derecho de defensa y este tipo de sentencias. El TC en esta cuestión prejudicial podría haber cuestionado expresamente la compatibilidad de la DM 2009/299 con el derecho de defensa que hoy consagra la Carta Europea de Derechos fundamentales.

Obviamente la existencia de diálogo no soluciona los conflictos entre jueces constitucionales, pero sin duda ayuda a su resolución. La compleja arquitectura judicial europea relativa a los derechos fundamentales, que pivota sobre Cortes constitucionales nacional y dos tribunales supranacionales (TEDH y TJCE) solo puede resolverse si estos jueces deciden cooperar y dialogar entre sí con el fin de buscar el mejor de los contenidos para cada uno de los derechos fundamentales. El art. 10.2 de la Constitución española que indica que nuestra Grundnorm ha de interpretarse a partir de los tratados internacionales de los que España sea parte debiera obligar a que el TC tuviera en cuenta la opinión de sus pares, como ya hace por ejemplo con la jurisprudencia del TEDH. El diálogo es la única metodología posible para la construcción de derechos fundamentales en un escenario en el que la pirámide kelseniana, que conformaba la imagen de los ordenamientos jurídicos, se ha roto para dar paso a un constitucionalismo

multinivel, en el que los varios interpretos constitucionales deben entenderse como mutuamente condicionados.