

SANTIAGO MIR PUIG  
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO  
(Dirs.)

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN  
(Coord.)

# GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DERECHO PENAL EUROPEO



Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2012

## ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN, por Mirentxu Corcoy Bidasolo .....	17
 PARTE I  FUENTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL EUROPEO	
PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN: TENSIÓN ENTRE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA Y RECONOCIMIENTO MUTUO, por Ángel J. Sanz Morán .....	29
I PRINCIPI DI SUSSIDIARIETÀ E DI LEGALITÀ NEL DIRITTO PENALE EUROPEO, por Alessandro Bernardi.....	39
I. Nota introduttiva.....	39
II. Sussidiarietà e legalità: due principi del diritto costituzionale europeo ricchi di ricadute in ambito penale .....	40
III. Norme penali di derivazione europea e principio di sussidiarietà dell'intervento dell'unione. Premessa.....	41
1. Le ricadute in materia penale del principio di sussidiarietà: tra carenza di giustiziabilità e istanze di centralizzazione delle scelte politico-criminali .....	43
2. Le ragioni sottostanti a una stretta osservanza del principio di sussidiarietà in ambito penale. ....	46
IV. Il principio di legalità penale e i suoi due fondamentali versanti .....	50
1. Il versante «storico-politico» della legalità penale nella prospettiva dell'unione. Organi e procedure per una legittimazione democratica delle norme penali di origine europea.....	51
2. Il versante «astorico-universale» della legalità penale dell'unione. le garanzie in tema di vigenza temporale delle fonti penali europee .....	57
3. I ritardi della giurisprudenza ue nello sviluppo dei corollari qualitativi della legalità europea. Il divieto di analogia e di interpretazione <i>in malam partem</i> «comunitariamente conforme».....	61

	Pág.
4. I corollari legalistici di accessibilità e determinatezza delle norme penali nella giurisprudenza della corte di giustizia e nelle fonti europee di <i>soft law</i> .....	66
5. Note in margine alla determinatezza e alla ragionevole interpretazione delle norme penali di fonte europea .....	68
V. Considerazioni conclusive .....	78

## PARTE II

### SISTEMA DE REDES Y RELACIONES CON LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN EN LA ERA DEL <i>GLOBAL LAW</i> , por Adán Nieto Martín .....	83
I. De la pirámide a la red .....	83
II. La legitimidad del derecho penal global .....	88
III. El diálogo entre normas y actores .....	93
1. El diálogo entre normas .....	94
2. El diálogo entre jueces .....	100
LA «MOSSA DEL CAVALLO». LA GESTIONE DELL'INCOERENZA NEL SISTEMA PENALE EUROPEO, por Carlo Sotis .....	105
Premessa .....	105
I. I principi .....	109
II. Le competenze .....	114
1. Dalla promiscuità (primaria) sull'oggetto e sulle fonti delle decisioni .....	117
2. ....alle promiscuità (secondarie). In particolare tra fonti ed argomenti nel fenomeno di c.d. circolazione del precedente .....	122
A) La parabola della retroattività <i>in mitius</i> .....	123
III. I concetti .....	129
1. «Non applicazione» .....	130
2. «Controlimiti» .....	133
3. Interpretazione conforme .....	134
4. «Margine nazionale di apprezzamento» .....	137
5. «Margine nazionale di bilanciamento» .....	139
EL FISCAL EUROPEO, por Silvia Armero Villalba .....	143
I. ¿Por qué una Fiscalía europea en la lucha contra el fraude comunitario? .....	143
II. El nacimiento de la idea de un fiscal europeo .....	147
III. El Fiscal europeo a la luz del « <i>Corpus iuris</i> », el libro verde y el art. 86 de Tratado de funcionamiento de la Unión .....	149
1. Introducción .....	149
2. Composición del Ministerio Público Europeo .....	150
3. Nombramiento y cese .....	150
4. Principios rectores del ministerio fiscal europeo .....	151
5. Competencias del Ministerio Fiscal Europeo .....	156

	Pág.
6. La elección del Tribunal competente para el enjuiciamiento.....	161
IV. Conclusión .....	163

### PARTE III

#### SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTÍAS EUROPEAS

EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA EUROPEO DE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, por Rafael Bustos Gisbert.....	169
I. Introducción: diálogos judiciales en escenarios de pluralismo constitucional .....	169
II. Punto de partida: Luxemburgo y Estrasburgo dos lugares inconexos: una discontinuidad binaria.....	170
1. Dos estrategias independientes (incluso rivales) en la construcción de la unidad europea .....	170
2. Una «anomalía» en el sistema de protección de los derechos en Europa: la ausencia de un control interno y de un control externo del respeto a los derechos fundamentales por las antiguas Comunidades Europeas.....	171
III. La progresiva construcción de un «control interno» del respeto a los derechos fundamentales en el seno de las comunidades europeas: la instrumentalización del CEDH.....	171
IV. El control del Derecho comunitario por el TEDH: la «domesticación» del derecho comunitario .....	173
V. ¿Conflicto o armonía? enriquecimiento mutuo ( <i>Cross-Fertilitation</i> ) entre cortes .....	175
VI. La incorporación de la unión europea al CEDH .....	175
Bibliografía.....	178
«SISTEMA» DELLE FONTI PENALI E GARANZIE GIURISDIZIONALI IN UN'EUROPA COORDINATA DAL POTERE GIUDIZIARIO, por Massimo Donini .....	179
I. Premessa. Crescita dei diritti (di imputato e vittima) e della loro tutela .....	179
II. Oltre la vecchia separazione dei poteri: la giurisprudenza quale potere che concentra fonte, applicazione e controllo della legalità .....	180
1. Fonti di legge e giurisprudenza-fonte .....	180
2. Applicazione o disapplicazione giudiziale di regole astratte.....	181
3. Controllo giudiziale di legittimità sulle fonti .....	184
4. Sintesi. Dalla divisione all'unificazione dei poteri sotto quello giudiziario.....	185
III. Nascita e sviluppo della giurisprudenza-fonte .....	185
1. Disposizione e norma .....	185
2. L'accoglimento della distinzione tra disposizione e norma da parte delle corti supreme europee (CGUE e Corte EDU) e nazionali (C. cost. e SS.UU. penali).....	186
3. L'estensione al giudice nazionale del dovere di interpretazione conforme.....	190

	Pág.
IV. <i>Quis custodiet custodes?</i> la sorte delle interpretazioni estensivo-analogiche tra precedenti vincolanti e limiti di retroattività.....	191
<b>IL DIRITTO PENALE NEL CIRCUITO DELLE CORTI, por Domenico Putilanò.....</b>	<b>195</b>
I. Il campo di problemi.....	195
II. Il circuito europeo.....	196
1. L'architettura paradossale del diritto europeo.....	196
2. La questione degli obblighi di penalizzazione di fonte europea....	198
3. La giurisprudenza costituzionale italiana.....	200
4. La questione delle norme speciali di favore.....	203
III. Il circuito CEDU.....	206
1. La CEDU come parametro nei giudizi di legittimità costituzionale.	206
2. La CEDU nella giurisprudenza costituzionale in materia penale...	207
3. La questione degli obblighi di protezione.....	209
IV. Il diritto penale nella costruzione europea.....	213
1. Equilibri di una fase di transizione?.....	213
2. Diritto penale e identità europea.....	215
3. Diritto penale e sfera pubblica europea.....	216
4. Le potenzialità unificatrici della cultura giuridica.....	220
<b>LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTÁNDAR EUROPEO SOBRE GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL, por Argelia Queralt Jiménez.....</b>	<b>223</b>
I. Presentación.....	223
II. La función de tutela de los derechos convencionales.....	224
III. La función de desarrollo del CEDH.....	226
IV. La función armonizadora de los derechos humanos en Europa.....	228
V. El diálogo entre el TEDH y las jurisdicciones internas.....	232
VI. La realidad de la incidencia de la jurisprudencia del TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.....	234
1. Los usos del canon europeo por el Tribunal Constitucional español.....	234
2. La incorporación del canon europeo en materia penal.....	236
VII. A modo de conclusión.....	237

#### PARTE IV

#### **INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN LOS SISTEMAS NACIONALES**

<b>L'INFLUENZA SULL'ORDINAMENTO ITALIANO DEL DIRITTO PENALE EUROPEO DELLE ORGANIZZAZIONI CRIMINALI, por Antonio Cavaliere...</b>	<b>241</b>
Premesse.....	241
I. CEDU e diritto penale: la giurisprudenza in tema di criminalità organizzata e terrorismo.....	242
II. Insufficienza del diritto penale europeo dei principi quale argine garantistico al diritto penale europeo delle incriminazioni.....	248
III. Decisioni quadro in tema di terrorismo e principi costituzionali.....	252

	Pág.
LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA DEL TEDH EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE TERRORISMO Y TRÁFICO DE DROGAS, por Octavio García Pérez.....	259
I. Introducción .....	259
II. El papel del convenio y la jurisprudencia del TEDH en nuestro ordenamiento .....	260
III. Aspectos relativos al derecho material.....	261
1. Prohibición de tortura y malos tratos. Art. 3 del Convenio.....	261
2. Principio de proporcionalidad .....	261
IV. Aspectos vinculados al Derecho procesal.....	263
V. Conclusiones.....	271
EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y LA INTIMIDAD DE ACUSADOS Y PRESOS: PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL SUPREMO, por Jorge Obach Martínez .....	279
I. Introducción .....	279
II. El derecho al secreto de las comunicaciones: su marco legal y características esenciales .....	280
III. La intervención de las comunicaciones orales. El supuesto de personas privadas de libertad: la STS de 2 junio 2010.....	284
1. Conversaciones sin el uso de dispositivos electrónicos: su intervención judicial .....	284
2. La intervención de las comunicaciones de las personas privadas de libertad.....	288
A) Como medida para la investigación de delitos .....	288
B) Como medida de régimen penitenciario.....	291
IV. La intervención de las comunicaciones con el letrado defensor .....	293
1. Derechos afectados. Su excepcionalidad.....	293
2. Las intervenciones casuales en las comunicaciones del imputado con su letrado.....	296
3. La intervención de comunicaciones entre el imputado privado de libertad y su letrado .....	298
V. Posibles reformas legales: los anteproyectos de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales y de ley de enjuiciamiento criminal.....	300
1. El anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales.....	300
2. El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	301
VI. Conclusiones.....	308
SOBRE LAS OBLIGACIONES DE TUTELA PENAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, por Francesco Viganò.....	311
I. Introducción .....	311
II. Los rasgos característicos de las obligaciones «convencionales» de tutela penal de los derechos fundamentales .....	313
III. La jurisprudencia relevante del TEDH .....	314
1. Orígenes.....	314
2. Alcance.....	315

	Pág.
A) Criminalización .....	315
B) Investigación y persecución.....	317
C) Punición .....	318
IV. Correspondencias con la jurisprudencia paralela del TIDH.....	320
V. Tres dudas .....	322
1. Primera duda: ¿Distorsión de la función de los derechos fundamentales?.....	323
2. Segunda duda: ¿derecho de la víctima a la punición del autor?....	324
3. Tercera duda: ¿usurpación de las prerrogativas del legislador nacional?.....	326
VI. Una tarea para el futuro.....	328

## PARTE V

### CONTENIDO MATERIAL DEL DERECHO PENAL EUROPEO

#### Apartado I

#### PARTE GENERAL

FALSA ALARMA. O SOBRE POR QUÉ LA LEY ORGÁNICA 5/2010 NO DEROGA EL PRINCIPIO <i>SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST</i> , por Víctor Gómez Martín.....	331
I. Planteamiento.....	331
II. Los argumentos del <i>societas delinquere potest</i> .....	335
1. La argumentación político-criminal.....	335
A) Un elemento (cada vez más) recurrente: la referencia a Europa.	335
B) La (supuesta) existencia de lagunas de punibilidad.....	338
C) La recepción de la responsabilidad social corporativa por el Derecho penal.....	339
2. La argumentación dogmática .....	340
A) El modelo de la autorresponsabilidad: hacia una teoría del delito para personas jurídicas.....	340
B) Los modelos de transferencia: el problema del hecho de conexión.....	341
3. Los programas de cumplimiento penal: ¿un instrumento de síntesis? .....	342
A) Aproximación.....	342
B) Los orígenes del concepto: la experiencia norteamericana.....	342
C) Principios inspiradores de los programas de cumplimiento penal.....	343
D) Estructura general de los programas de cumplimiento penal.	344
III. El nuevo sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas .....	345
1. Breve radiografía.....	345
2. Vías de imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica (art. 31 bis, 1 CP).....	347
A) Planteamiento.....	347
B) Primera vía de imputación (art. 31 bis, 1, párr. I CP) .....	348
C) Segunda vía de imputación (art. 31 bis, párr. II CP). .....	349

	Pág.
3. Atenuantes .....	352
IV. Falsa alarma: <i>societas delinquere non potest</i> .....	353
1. Crítica a la argumentación político-criminal .....	353
A) ¿Lagunas? ¿Qué lagunas?.....	353
B) ¿Derecho penal como instrumento promocional de la responsabilidad social corporativa? .....	357
C) La referencia a Europa: ¿una excusa de mal pagador?.....	358
2. Crítica a la argumentación dogmática.....	360
A) ¿Es realmente posible una teoría del delito para personas jurídicas? .....	360
B) ¿Respeta el modelo de transferencia los principios político-criminales limitadores del <i>ius puniendi</i> en un Estado social y democrático de derecho? .....	375
a) Modelo de transferencia y principio de personalidad de las penas.....	375
b) Modelo de transferencia y principio <i>non bis in idem</i> .....	379
C) ¿Respeta la responsabilidad penal de las personas jurídicas el principio de presunción de inocencia?.....	380
V. <i>Societas puniri potest?</i> .....	382
<b>POLÍTICA CRIMINAL CONTRA LA CORRUPCIÓN: UNA REFLEXIÓN DESDE LAS TEORÍAS DE LA PENA (O VICEVERSA), por Íñigo Ortiz de Urbina ...</b>	<b>385</b>
I. Política criminal contra la corrupción y fines de la pena .....	385
II. La asunción de planteamientos consecuencialistas en el ámbito de la teoría de la pena y sus implicaciones lógicas (y prácticas).....	389
III. Consecuencialismo y utilitarismo: el género y la especie .....	392
IV. Justificación preventiva (consecuencialista) de la pena e investigación empírica (a través del ejemplo de la corrupción).....	396
V. Conclusiones: hacia un nuevo modelo de justificación del Derecho penal.....	403
Bibliografía.....	405
<b>LA ARMONIZACIÓN DEL ESTATUTO DE LAS VÍCTIMAS EN LA UNIÓN EUROPEA, por Montserrat de Hoyos Sancho.....</b>	<b>409</b>
I. Introducción: la necesidad de un estatuto común para todas las víctimas en la Unión Europea.....	409
II. Balance de la vigencia de la decisión marco de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal .....	412
III. La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos.....	415
IV. Un supuesto específico: la protección de las víctimas en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos. ....	418
V. Otra norma para la protección de un tipo de víctimas especialmente vulnerables: la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil .....	420
VI. Algunas conclusiones .....	422

Apartado II  
PARTE ESPECIAL

EL NUEVO DELITO DE « <i>ONLINE CHILD GROOMING</i> » (ART. 183 BIS CP): ¿OTRO EJEMPLO DE CIRUGÍA PREVENTIVA APLICABLE A LA LEGIS- LACIÓN PENAL?, por Juan Carlos Hortal Ibarra.....	425
I. Introducción .....	425
II. Una primera aproximación al delito de « <i>online child grooming</i> »: otra vuelta de tuerca al «derecho penal sexual».....	430
III. Precisiones en torno al concepto de « <i>online child grooming</i> »: el origen último de su incorrecta tipificación .....	434
IV. Análisis de su «precedente nacional»: la enmienda 351 del Partido Popular.....	439
V. Incidencia del Derecho comunitario en la configuración típica pre- sente y futura del delito de « <i>online child grooming</i> » .....	441
VI. Algunas propuestas <i>de lege ferenda</i> a modo de conclusión .....	445
LUCHA CONTRA LA PORNOGRAFÍA INFANTIL E INCRIMINACIÓN DE AC- TOS PREPARATORIOS EN EL DERECHO PENAL EUROPEO COMPA- RADO, por Ivan Salvadori .....	449
I. Introducción .....	449
II. Las fuentes supranacionales en la lucha contra la pornografía infantil.	450
III. El delito de posesión de pornografía infantil .....	452
IV. El delito de acceso a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.....	454
V. El delito de embaucamiento de menores con fines sexuales por me- dios tecnológicos (o <i>child-grooming</i> ).....	456
VI. Consideraciones finales.....	459
LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE SERES HU- MANOS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA (DIRECTIVA 2011/36/ UE), por Dulce M. Santana Vega.....	463
I. Consideraciones generales previas.....	463
II. La evolución del concepto de trata de seres humanos en el seno de la Unión Europea .....	466
1. La conceptualización de la trata en la Unión Europea con anteriori- dad a la Directiva 2011/36/UE.....	467
2. La configuración de la trata en la Directiva 2011/36/UE.....	468
III. La protección de las víctimas: de la Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI a la Directiva, 2011/36/UE .....	470
1. Medidas institucionales.....	471
2. Medidas individuales .....	476
IV. Ámbito espacial de aplicación de la ley penal y protección de víctimas de la trata .....	481
V. Conclusiones.....	483
POLITICA CRIMINALE EUROPEA E SISTEMA FINANZIARIO: L'ESEMPIO DEGLI ABUSI DI MERCATO, por Luigi Foffani .....	487

	Pág.
LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO PENAL AMBIENTAL E INFORMÁTICO, por Norberto de la Mata Barranco / Leyre Hernández Díaz.....	495
I. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el Derecho penal...	495
1. Ausencia de competencias penales en el ámbito legislativo de la Unión Europea .....	495
2. Naturaleza administrativa de las sanciones previstas en el Derecho de la Unión Europea para la tutela de intereses propios o compartidos con los Estados miembros.....	498
3. La incidencia directa de la normativa comunitaria en la legislación penal de los estados miembros .....	498
A) La tutela penal de intereses comunitarios mediante su asimilación a intereses estatales.....	500
B) La armonización de las legislaciones estatales.....	503
C) La incidencia de la normativa comunitaria en la legislación interna de carácter penal mediante la integración de tipos en blanco .....	505
4. La incidencia indirecta o efecto negativo de la normativa comunitaria no penal en la normativa interna de carácter penal .....	507
A) Eficacia directa y primacía del derecho de la Unión Europea frente al Derecho interno .....	507
B) La no aplicación de una norma penal contraria a la normativa comunitaria.....	511
C) La no aplicación de una norma penal contraria a los principios de Derecho sancionador que forman parte del patrimonio común europeo.....	514
II. El Derecho penal ambiental español y la Unión Europea .....	515
1. Incidencia de la normativa de la Unión desde la construcción de los tipos a partir de la técnica de la accesoriedad.....	515
2. Instrumentos específicos de armonización de las normativas estatales en materia de delincuencia ambiental .....	521
III. El Derecho penal informático español y la Unión Europea: instrumentos específicos de armonización de las normativas estatales en materia de delincuencia informática .....	526
CRIMINALITÀ INFORMATICA E NUOVE COMPETENZE PENALI EUROPEE, por Lorenzo Picotti .....	533
I. Introduzione: nuove competenze penali europee e necessità di definire la nozione di «criminalità informatica» .....	533
II. Evoluzione della «criminalità informatica» e della normativa di contrasto .....	535
III. Passaggio dal <i>computercrime</i> al <i>cybercrime</i> e ruolo degli <i>Internet Service Providers</i> .....	537
IV. Le ricadute sul piano delle fonti internazionali ed interne: la Convenzione <i>cybercrime</i> e la tutela dei diritti fondamentali nel <i>cyberspace</i> .....	538
V. La classificazione sistematica dei «reati informatici» e la nuova dimensione dei «reati cibernetici».....	543
VI. «Criminalità informatica» e competenze penali dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona .....	554

	<u>Pág.</u>
CIBERCRIMINALIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS A LA LUZ DE LA NORMATIVA EUROPEA Y DE SU INTERPRETACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES, por Fernando Miró Llinares .....	561
I. Cibercriminalidad cambiante: Derecho necesitado de cambio .....	561
II. Derecho penal europeo, Dogmática penal, y cibercrimen .....	564
III. La responsabilidad de los proveedores de servicios .....	566
1. El foco jurídico reactivo y preventivo en «los otros agentes» del ciberespacio, los ISP .....	566
2. Aproximación a la normativa europea y española en materia de prestadores .....	568
3. La responsabilidad penal de los proveedores de servicios .....	569
A) Primeras resoluciones judiciales penales en materia de responsabilidad de los prestadores de servicios .....	569
B) Presupuestos para la interpretación de la responsabilidad penal de los prestadores de servicios .....	572
C) El «conocimiento efectivo» del proveedor de servicios a la luz de la nueva jurisprudencia .....	576
IV. Conclusiones: condiciones para la responsabilidad penal de los proveedores de servicios .....	581
CRIMINALITÀ ORGANIZZATA TRANSNAZIONALE ED INTERVENTO EUROPEO FRA CONTRASTO E GARANZIE, por Vincenzo Militello .....	585
RELACIÓN DE PARTICIPANTES .....	597