

SANTIAGO MIR PUIG  
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO  
(Dir.)  
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: TENSIONE 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 «storico-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.
<b>LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA DEL TEDH EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE TERRORISMO Y TRÁFICO DE DROGAS, por Octavio García Pérez</b> .....	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
 <b>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</b> .....	 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
 <b>SOBRE LAS OBLIGACIONES DE TUTELA PENAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, por Francesco Viganò</b> .....	 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 funda- mentales?.....	323
2. Segunda duda: ¿derecho de la víctima a la punición del autor?....	324
3. Tercera duda: ¿usurpación de las prerrogativas del legislador na- cional?.....	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 DE- ROGA 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. 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 co- nexión.....	341
3. Los programas de cumplimiento penal: ¿un instrumento de sín- tesis? .....	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. 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 jurí- dica (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) ¿Respeto 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) ¿Respeto la responsabilidad penal de las personas jurídicas el principio de presunción de inocencia?.....	380
V. <i>Societas puniri potest?</i> .....	382
 POLÍTICA CRIMINAL CONTRA LA CORRUPCIÓN: UNA REFLEXIÓN DESDE LAS TEORÍAS DE LA PENA (O VICEVERSA), por Íñigo Ortiz de Urbina ...	 385
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
 LA ARMONIZACIÓN DEL ESTATUTO DE LAS VÍCTIMAS EN LA UNIÓN EUROPEA, por Montserrat de Hoyos Sancho.....	 409
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	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 accesoriadad.....	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

INTRODUCCIÓN

**GARANTÍAS CONSTITUCIONALES  
Y DERECHO PENAL EUROPEO\***

**Mirentxu CORCOY BIDASOLO**

Catedrática de Derecho penal. Universidad de Barcelona

Este libro es el resultado del trabajo conjunto de juristas de dos países del sur de Europa —Italia y España— que, en su casi totalidad, cuentan con una profunda formación germánica y, en bastantes casos, también anglosajona. La importancia de esta colaboración estriba en poder analizar, a partir de un bagaje jurídico que podríamos denominar centroeuropeo y desde culturas muy semejantes, lo que está sucediendo en el proceso de creación de un Derecho penal europeo.

Una primera cuestión que se manifiesta, tras la lectura de los diferentes textos, es la coexistencia de posturas contrapuestas entre los que podríamos denominar «euroescépticos» y «europeístas». La cuestión de fondo sería si puede afirmarse, actualmente, la existencia de un Derecho constitucional y penal europeo, como punto de partida y, en ese contexto, en la medida en que exista, cuáles son las primeras consecuencias de su aplicación y en qué aspectos es necesaria una reformulación. Este análisis se debe abordar desde tres perspectivas: la normativa europea que afecta a los Derechos fundamentales y al Derecho penal, la normativa constitucional y penal de los respectivos países y la jurisprudencia del TEDH y del TJEU.

La anómala construcción de unos presuntos Estados Unidos Europeos está en el origen de los problemas que se advierten para la consolidación de ese pretendido Derecho europeo. No hay que olvidar que la Unión Europea parte del Mercado Común Europeo, donde únicamente se pretendía

---

\* El II Seminario Hispano-Italiano y esta publicación son fruto del Proyecto de Investigación «Constitución y Derecho penal: consecuencias en los planos legislativo y judicial» (MEC - DER 2008-04419/JURI), del que ha sido Investigador Principal el Dr. Santiago Mir Puig.

potenciar la economía europea. Economía que sigue siendo la preocupación esencial, si no única, de Europa en la segunda década del siglo XXI. En la actualidad ni tan siquiera se habla ya de Derecho europeo sino de BCE, primas de riesgo, rescates...

Junto a la cuestión económica, un problema no menos relevante es el hecho de que Europa está conformada por países con culturas jurídicas y también sociales muy diferentes. Tratar de armonizar desde arriba sin tener en cuenta la diversidad social y jurídica, creo que no sólo es imposible sino que es negativo, en particular si pensamos en la protección de los derechos fundamentales, objeto de este libro. Una primera aproximación a las Directivas europeas que incluyen normativa penal evidencia la anterior afirmación. La creación de nuevos delitos, el adelantamiento en la sanción respecto de los existentes, el endurecimiento de las penas..., son algunas de las evidencias de la restricción de la protección de los Derechos fundamentales que el Derecho europeo conlleva.

Si bien es cierto que el TEDH ha realizado una labor esencial en la consolidación de una jurisprudencia garantista en lo referente a las garantías procesales, no sucede lo mismo en relación con los aspectos materiales. Ello es debido, en parte, a que la legislación europea olvida los diversos principios político-criminales que han servido para ir consolidando, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, un Derecho penal acorde con las constituciones de todos aquellos Estados que se configuran como *sociales y democráticos de Derecho*<sup>1</sup>. Límites constitucionales a la intervención penal que no son patrimonio de un Estado sino que tiene una vocación de universalidad, en orden a respetar los Derechos fundamentales.

En este contexto creo conveniente situarnos en el estado actual del Derecho europeo y, en consecuencia, del nivel de armonización al que se ha llegado. El tercer pilar de la UE, a partir del Tratado de Maastricht de 1992, persigue la cooperación policial y judicial en materia penal. Arquitectura de «pilares» que, en 2009, el Tratado de Lisboa desmonta tratando de llevar la colaboración mucho más allá. En este Tratado, que pretendía ser la Constitución Europea y que finalmente ha quedado en «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (TFUE), en su Título V, «Espacio de libertad, seguridad y justicia», arts. 67-89, introduce relevantes disposiciones en materia de Justicia e Interior. En definitiva se trata de «agilizar» la cooperación policial y judicial, así como la legislación en materia penal. Se atribuye al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el control jurisdiccional de las disposiciones y resoluciones tanto de la UE como de los países miembros.

Como pone de manifiesto en su trabajo el profesor Ángel SANZ, han cambiado muchas cosas desde que el 19 de enero de 1999, una sentencia del TJUE se reafirmara en que «para el Derecho penal son competentes, básicamente, los Estados miembros». En su aportación pone de manifiesto cómo la consolidación del principio de reconocimiento mutuo, constitucionalizado en el art. 67.3 del Tratado de Lisboa, plantea graves problemas por la disfunción

---

<sup>1</sup> MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho Penal*, IUSTEL 2011, explica la fundamentación constitucional del Derecho penal. Planteamiento constitucional que ya desarrolló en su obra *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, 1976, 2.ª ed., BdeF, 2008, antes de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, proponiendo la limitación de la intervención penal a partir de los principios constitucionales.

que se produce entre el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales a nivel europeo y el grado de armonización existente en la legislación de los diferentes Estados.

Esta situación propicia que, mientras se avanza mucho en materia de incriminación y persecución de delitos en el ámbito europeo, no se produce un desarrollo paralelo de los principios político-criminales que garanticen un Derecho penal respetuoso con los derechos constitucionales. En esta agravación confluye una tendencia a nivel mundial hacia la expansión del Derecho penal. La globalización que se advierte en todos los ámbitos, especialmente el económico, alcanza al Derecho penal que es utilizado por los políticos de los distintos países, no únicamente los europeos, como arma electoral. En este aspecto la ideología de los diferentes partidos es uniforme, en la línea de mayor incriminación y endurecimiento de las penas. Las diferencias se limitan a aspectos con fuertes connotaciones religiosas, como el aborto y la eutanasia, sin que se adviertan diferencias en cuestiones socioeconómicas, como parecería lógico debiera suceder.

En el Tratado de Lisboa, art. 83.1, se establecen una serie de ámbitos en los que los Estados miembros deben armonizar su legislación cumpliendo las obligaciones que se establezcan desde la normativa europea. El problema no es tan sólo la limitación de los temas que se incluyen en este precepto, sino el hecho de que no se produzca ningún intento de armonización ni respecto a las diferentes instituciones de la Teoría del delito ni respecto de las consecuencias jurídicas. Aun cuando las últimas Directivas europeas establecen incluso marcos mínimos de penalidad para determinadas infracciones, su aplicación será muy diferente atendiendo a las diferencias nacionales en lo referente a la determinación concreta de la pena, en las diferencias en los sistemas de ejecución de la pena, las posibilidades de sustitución o suspensión... Problemas al que se suma el no menos relevante de la ausencia de armonización en lo referente al proceso y a las garantías penales.

Pese a los graves problemas enunciados no es menos cierto que se está avanzando en la construcción del Derecho penal europeo y que, en algunos aspectos, se han ido solucionando algunas cuestiones. En este sentido, desde una perspectiva europeísta, el profesor Alessandro BERNARDI, sin obviar los problemas, pone de manifiesto los avances que se han ido produciendo y explica por qué es posible afirmar que estamos en el buen camino para armonizar los sistemas legislativos de los Estados miembros y progresar hacia un Derecho penal europeo garantista en un «espacio reforzado de libertad, seguridad y justicia». Es indiscutible que en determinados ámbitos la eficacia del Derecho penal requiere uniformidad y superación de las peculiaridades nacionales, tal y como advierte el profesor BERNARDI, poniendo como ejemplo, el medio ambiente, la salud pública, la competencia...

Necesidad de «gobernanza global» que también pone de manifiesto el profesor Adán NIETO, incidiendo especialmente en la importancia que ello tiene para evitar la criminalidad que surge a partir de la desaparición de los controles nacionales de los movimientos de capitales, personas y servicios. En su trabajo, Adán NIETO, pone el acento en los avances de la cooperación judicial y policial, así como en los problemas de legitimidad y respeto de los derechos fundamentales que se derivan de las nuevas fuentes de creación de normativa a nivel global, cuando sea a través de recomendaciones, como

sucede en el caso del Banco Mundial o del GAFI. Recomendaciones que, aun cuando no tengan fuerza vinculante directa, «obligan» a los Estados a adecuar su normativa interna debido a las consecuencias que se derivarían de no hacerlo.

Problemas que también aborda el profesor Carlo SOTIS, poniendo de manifiesto los déficits de legitimidad de este nuevo Derecho penal europeo y analizando las reticencias de los Estados a ceder soberanía en este ámbito. No es casualidad que la sentencia del Tribunal Supremo alemán, BVerfG de 30 de junio de 2009, en relación con el Tratado de Lisboa, que independientemente de la corrección de algunos de sus argumentos jurídicos, negando la legitimidad democrática de la normativa europea, en su transfondo pone de manifiesto su negativa a la europeización del sistema jurídico alemán.

A partir de idénticas premisas, relativas a la delincuencia transnacional consecuente al desarrollo de una Europa común en aspectos políticos, económicos y culturales, la fiscal Silvia Armero se centra en uno de los aspectos que, ya hace bastantes años, se discute en la solución de estos problemas: la creación de una Fiscalía Europea. En concreto, pone de manifiesto cómo, a pesar de los avances en la cooperación judicial y policial, el fraude contra los intereses comunitarios sigue aumentando. Analiza cómo se ha ido desarrollando la discusión a partir del *Corpus Iuris*, que empieza a discutirse en el año 1995, y del posterior *Libro Verde*, presentado por la Comisión el 11 de febrero de 2001. En su trabajo expone las dificultades que, hasta la actualidad, han impedido que haya salido adelante la propuesta de la creación de un Fiscal Europeo y pone de manifiesto las razones por la que es necesaria su existencia.

En el sistema constitucional de garantías europeas juega un papel esencial la jurisprudencia del TEDU y el TJEU. Cuestiones que abordan, desde diferentes perspectivas y posicionamientos, los profesores Rafael BUSTOS, Massimo DONINI, Domenico PULITANO y Argelia QUERALT. Rafael BUSTOS explica cómo la convivencia entre los Derechos nacionales y el europeo ha sido posible en estos 50 años, a partir de «diálogos» entre las diferentes instancias encargadas de la protección de los derechos fundamentales. Derechos fundamentales que el TJUE llega a asumir como Derecho comunitario, entendiendo que forman parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. A partir de ello, BUSTOS realiza una exposición concisa pero profunda de las luces y sombras en la relación entre el TJUE, el TEDH.

Tomando en consideración la importancia que en la construcción del Derecho de la UE adquiere la jurisprudencia, Massimo DONINI pone el acento en los problemas que ello plantea en relación con los tradicionales sistemas de fuentes y de separación de poderes. Cuestión que se ha suscitado, especialmente, cuando los ordenamientos nacionales no incorporan las Directivas europeas, directa o indirectamente penales, mientras, por el contrario, los tribunales lo asumen a través de una interpretación analógica de los preceptos nacionales. Problema al que se suma el control de legitimidad de las fuentes que en la UE se lleva a efecto por los Tribunales constitucionales y ordinarios nacionales y por los Tribunales europeos. DONINI advierte cómo la jurisprudencia llega a ser fuente del Derecho penal a través de las «normas», que son resultado de la interpretación de las «disposiciones» le-

gislativas por parte de los Tribunales, planteando la cuestión esencial de ¿quién controla al controlador?, es decir, ¿quién controla al juez «creador» de derecho?

En su contribución el profesor Domenico PULITANÒ pone el acento en las diversas formas por las que el Derecho penal europeo implementa los Derechos penales nacionales y, en particular, de los problemas constitucionales que surgen a partir de las obligaciones de penalización que, cada vez en mayor medida, encontramos en la normativa europea. Situación que, aun cuando ya se había planteado pese a que la UE carecía de competencia para establecer obligaciones de incriminación, se evidencia a partir del Tratado de Lisboa, que otorga competencia penal a la UE. Con clarividencia nos advierte, así mismo, del riesgo que supone la tendencia de la UE a utilizar la criminalización como un factor de construcción de una identidad europea. Problema especialmente grave cuando ello conlleva que los Tribunales nacionales olviden principios penales básicos como la interdicción de la retroactividad o la interpretación extensiva *in malam partem*. Situación que no siempre soluciona la jurisprudencia de Estrasburgo al carecer de un criterio uniforme, valorando incluso como inaceptables causas de no incriminación o exclusión de la punibilidad, abriendo el paso a una expansión excesiva del Derecho penal, en nombre de los derechos de las víctimas.

Argelia QUERALT lleva a efecto un profundo análisis del desarrollo del CEDH y del funcionamiento del TEDH, poniendo de manifiesto su importancia, por cuanto, aun cuando sus sentencias sean declarativas, tienen efectos de cosa interpretada. Analiza, así mismo, la labor armonizadora que ejercen los derechos humanos en la construcción del Derecho europeo, a partir del CEDH y de la actuación del TEDH. En su trabajo pone el acento en la importancia que en esta función adquiere el TEDH, completando y desarrollando el sistema de mínimos establecidos en el CEDH. Un primer límite a la armonización surge a partir del diferente seguimiento, por parte de las jurisdicciones nacionales, de la función hermenéutica de las sentencias del TEDH.

La influencia que el TEDH ha tenido en las respectivas jurisprudencias nacionales la abordan los profesores Antonio CAVALIERE y Octavio GARCÍA PÉREZ partiendo de aspectos concretos. CAVALIERE se centra en una cuestión nuclear en lo que atañe al Derecho penal europeo: la organización criminal. Los problemas que plantea la legislación italiana en materia de criminalidad organizada, en relación con la jurisprudencia del TEDH, son analizados profusamente poniendo de manifiesto los déficits. De ello concluye, con acierto, en la insuficiencia del Derecho europeo de los principios para limitar el Derecho penal europeo. Situación que se evidencia en materia de terrorismo y criminalidad organizada y que se agrava por la voluntad del legislador italiano, como también sucede con el español, de asumir obedientemente las obligaciones incriminatorias provenientes de la UE.

Octavio GARCÍA PÉREZ estudia, por su parte, la influencia de las resoluciones del TEDH en la jurisprudencia, e incluso en la legislación, española en materia de drogas y terrorismo. Con esta finalidad analiza la forma y medida en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español asume las interpretaciones del TEDH, desarrollando aquellos aspectos en los que en mayor medida se ha producido esta asunción, tanto en relación con el Derecho penal material como en el procesal.

Por su parte, el magistrado Jorge OBACH y el profesor Francesco VIGANÒ abordan la situación de la protección de los derechos fundamentales por parte del TEDH. Jorge OBACH se centra en la cuestión nuclear del secreto de las comunicaciones y la intimidad de presos y acusados, poniendo de manifiesto las diferencias entre la protección que otorga el TEDH y el TS español y la necesidad de una reforma legislativa que asegure una adecuada protección. Por su parte, Francesco VIGANÒ, analiza la protección penal de los derechos fundamentales por parte del TEDH, poniéndola en relación con la de la Corte Internacional de Derechos Humanos y la de los Estados miembros. Su visión abierta y crítica del problema advierte de los problemas que, para la protección de los derechos fundamentales de acusados y presos, supone asumir la existencia de un derecho de la víctima en la punición del autor, en la línea seguida por el TEDH.

La política criminal, en tres aspectos cruciales del actual debate europeo y mundial, es abordada en los trabajos de los profesores Víctor GÓMEZ, Íñigo ORTIZ DE URBINA y Montserrat HOYOS. Creo que conviene poner de manifiesto un aspecto común en sus contribuciones: el análisis de los problemas desde una doble perspectiva dogmática y político criminal. Es decir, teniendo en cuenta tanto los fundamentos y principios como las consecuencias.

En esta línea, Víctor GÓMEZ analiza las casi innumerables construcciones que se han desarrollado en la doctrina respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde su origen, y las consecuencias que cada una de estas interpretaciones puede conllevar en la práctica. A partir de un análisis crítico llega a una conclusión que debería servir para zanjar muchas de las discusiones al respecto, especialmente desde la perspectiva de la dogmática y del respeto de los principios político-criminales. En su contribución presta un especial interés a las disposiciones europeas y la solución que propone se adecua en mayor medida al espíritu de esta normativa que la legislación española, introducida en el Código Penal por la LO 5/2010. Todo ello sin obviar manifestarse sobre lo discutible de la presunta necesidad de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La corrupción, como problema nuclear de nuestro tiempo, es un ejemplo de lo que está sucediendo en el contexto de la llamada «expansión del Derecho penal» y por ello abordado en el artículo de Íñigo ORTIZ DE URBINA. La legitimación de la intervención penal en este ámbito, en relación con los fines de la pena, es el objeto de análisis. El agudo análisis de los diferentes posicionamientos acerca de la Teoría de la pena le conduce a una desmitificación de determinados clichés que en la doctrina se repiten debido a que no se profundiza en por qué se afirma que una legislación se posiciona en clave retributiva o preventiva. Su contribución pone el acento, así mismo, en otros de los graves déficits de la dogmática penal europea y sudamericana que, adoptando posturas consecuencialistas en relación con los fines de la pena, ni tan siquiera proponen el estudio del porqué se cometen determinados delitos ni de las consecuencias de la intervención penal.

Por su parte, Montserrat HOYOS analiza, desde una perspectiva de política criminal y procesal, la importancia del Estatuto de la víctimas en la UE, como elemento clave para el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. En su trabajo pone de manifiesto cómo en la UE ha sido mucho más sencillo llegar a un consenso en materia de derechos de las víctimas que respecto de

las garantías de mínimos para sospechosos/imputados, lo que conecta con las críticas que sobre esta cuestión encontrábamos en la contribución de Domenico Pulitanò. Reconocimiento europeo de los derechos de las víctimas que no se corresponde ni con la legislación, en unos casos, ni con la práctica en otros, en los diferentes Estados miembros. Situación que ha llevado a la UE a redactar una nueva propuesta de Estatuto de las víctimas con obligaciones de mínimos para los Estados.

A partir de esta problemática general acerca de la legitimidad, armonización y punitivismo que suscita este incipiente Derecho penal europeo era necesario abordar ámbitos concretos que nos permitan advertir su relevancia. Una de las cuestiones que subyace a las dificultades de implantación de un Derecho penal europeo es la lejanía con la que el ciudadano europeo lo visibiliza. Tratando problemas concretos se posibilita un acercamiento de la sociedad a la importancia de la armonización de los Derechos penales estatales y del surgimiento de un Derecho penal europeo. Así mismo, ello permite advertir los déficits de legitimidad, de técnica legislativa y, muy especialmente, el punitivismo cada vez mayor de las Directivas.

En lo relativo a la libertad e indemnidad sexual, Juan Carlos HORTAL e Ivan SALVADORI se centran en dos nuevas formas de criminalidad que tienen su origen en la informática. El riesgo que introduce la informática para la indemnidad sexual de los menores ha sido tomado en consideración por el legislador europeo y recogido en la mayoría de legislaciones nacionales, siendo un ejemplo de infracción tanto de principios limitadores del Derecho penal como de las instituciones de la Teoría del delito. La amplitud con la que, desde el Derecho europeo, se ha incriminado nos sitúa de nuevo ante la ruptura de la tradicional distinción entre Derecho y moral. En ambos casos, los autores realizan un análisis crítico de esta incriminación, estudiando tanto la realidad de la existencia de un problema social y, en consecuencia, de la necesidad de crear estos nuevos delitos, como los problemas que la forma en que se ha llevado a efecto suscita, tanto desde un punto de vista dogmático como político criminal.

Especialmente crítico se muestra el profesor Juan Carlos HORTAL con la introducción en el Código Penal de los delitos de ciberacoso sexual y, en concreto, con el de «*online child grooming*». Como pone de manifiesto HORTAL, siendo criticable la asunción indiscriminada del Derecho europeo por parte del legislador nacional, en este supuesto, al menos el mandato de taxatividad, se respeta en mayor medida en los Convenios y Directivas europeos que en la legislación española.

Por su parte, Ivan SALVADORI se centra en la forma en que está incriminándose la pornografía infantil, objeto, así mismo, de preocupación a nivel mundial y, en particular, por parte de las instancias europeas. En esta dirección realiza un interesante estudio de Derecho comparado que nos permite advertir las diferentes consecuencias que supone la introducción de las disposiciones europeas en las legislaciones nacionales, como consecuencia de las diferencias jurídicas de cada uno de los Estados.

La profesora Dulce SANTANA analiza el problema de la trata de seres humanos. Cuestión que preocupa a nivel global y que forma parte del Derecho penal europeo asumido por el legislador español. La necesidad de protección de las víctimas, en la dirección de evitar una victimización secundaria, es uno

de los aspectos centrales de su contribución. Así mismo, atendiendo al carácter transnacional de estas formas de criminalidad, incide en la necesidad de establecer sistemas de cooperación policial, judicial y financiera, así como de las ONG, en aras de asegurar la eficacia de esta legislación.

El profesor Luigi FOFFANI desarrolla la política criminal europea en materia de sistema financiero, subrayando su importancia particularmente a partir de la gravísima crisis en que está inmersa Europa y muy especialmente los países mediterráneos. Asumiendo que, al menos en parte, esta crisis tiene su origen en la ausencia de control de los mercados, en la UE toman fuerza posicionamientos a favor de una mayor intervención penal en la economía y en los mercados financieros. En su trabajo Luigi FOFFANI se centra en la legislación acerca del «abuso de mercado» como uno de los ejes centrales en la lucha contra el fraude en materia socioeconómica y paradigma de la armonización europea.

El profesor Norberto DE LA MATA y Leyre HERNÁNDEZ, analizan la influencia de la normativa europea en relación con el Derecho penal ambiental, comenzando por una cuestión general: la naturaleza de las sanciones previstas en el derecho de la UE y los cambios que se han ido produciendo al respecto. Si en un principio se trataba de sanciones pecuniarias, de las que podía afirmarse su naturaleza administrativa, y se perseguía la armonización a través de la actuación de los Estados miembros, se ha ido pasando paulatinamente a previsiones de penas privativas de libertad que dejan poco margen de maniobra a los Estados. Como ponen de manifiesto en su trabajo, ya sea directamente o a través de la técnica legislativa de la ley penal en blanco, la normativa europea pasa a ser Derecho nacional. Partiendo de estas premisas, se toma el medio ambiente como ejemplo de la necesidad de actuaciones globales y de los problemas que surgen cuando no se produce la trasposición de la normativa comunitaria o se hace incorrectamente. En este contexto analizan las ventajas e inconvenientes de la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco.

Los profesores Lorenzo PICOTTI y Fernando MIRÓ, abordan otro ámbito en el que la necesidad de una intervención armónica y global es incluso superior que en el medio ambiente: la delincuencia informática. Lorenzo PICOTTI analiza el concepto y evolución del delito informático, el paso del *computercrime* al *cybercrime*, poniendo en evidencia los riesgos que suscita el ciberespacio en relación con la protección de los derechos fundamentales. En su trabajo encontramos, así mismo, una sistematización de los diferentes tipos que se han ido introduciendo, tanto en orden a la protección de los documentos y los sistemas informáticos como respecto de delitos ya existentes cuya comisión a través de la informática genera diferencias relevantes. Problemas que afectan tanto a conceptos tales como la autoría y los elementos subjetivos del delito como a cuestiones procesales como la prueba.

La intimidad, la libertad o la indemnidad sexual son las cuestiones tratadas por Fernando MIRÓ, quien analiza los problemas que en estos y otros ámbitos plantean las peculiaridades de la informática que requiere adaptar las estructuras políticas, jurídicas y policiales en la lucha contra el cibercrimen. Cibercrimen que además es cambiante, al igual que lo es la informática. En su contribución analiza no sólo la normativa de la UE y de los Estados nacionales al respecto, sino también los problemas de interpretación judicial,

especialmente en relación con la autoría, en función de la naturaleza de los delitos cometidos a través de la informática y, en particular, por la específica configuración de internet.

La contribución del profesor Vincenzo MILITELLO sirve como brillante colofón, analizando, a modo de conclusión, los aspectos relevantes de la criminalidad transnacional como objeto central de armonización en la UE. La concepción que la UE adopta de la transnacionalidad conlleva que todos los delitos relevantes se entiendan incluidos en ella, lo que conduce a la continua expansión de la incriminación, unido a un no menos relevante menoscabo de las garantías. En su contribución pone de manifiesto los déficits garantistas de la incriminación de la criminalidad organizada, en particular, la falta de taxatividad en alguno de sus elementos, la dificultad, si no imposibilidad, de diferenciarla de los actos preparatorios o/y de la participación, así como la duplicidad sancionatoria que suscita. En su trabajo saca a la luz algo que, desde mi punto de vista, es el problema nuclear en la construcción de un Derecho penal europeo: la armonización a nivel de creación de delitos no va unida a una armonización de las sanciones ni de las garantías en los diferentes Estados miembro.

Una primera conclusión a la que podríamos llegar es que, pudiendo afirmarse que ya existe un Derecho penal europeo, hay que llamar la atención sobre los diferentes problemas que plantea, especialmente, de armonización y de respeto de las garantías, en particular, de sospechosos e imputados. En la solución de estas cuestiones, siendo indudable la importancia máxima de seguir en los caminos ya abiertos de cooperación judicial y policial, no lo es menos la necesidad de no seguir en la misma línea respecto de la legislación material. Es imprescindible intentar frenar la incontrolada expansión del Derecho penal europeo, que conlleva obligaciones para los Estados miembros, al mismo tiempo que se mejora la defectuosa técnica legislativa seguida en muchos casos. Las reglas y principios constitucionales, de los que puede afirmarse que son patrimonio de todos los Estados miembros, deberían ser conocidos y tomados en consideración por el legislador europeo primero y el nacional después. De este marco deberían también formar parte los principios político-criminales de *ultima ratio* y fragmentariedad, así como los de naturaleza utilitarista, relacionados con la eficacia y eficiencia de la intervención penal.

En esta dirección de llamar la atención sobre las luces pero especialmente sobre las sombras de la situación del Derecho penal en Europa, las contribuciones que conforman este libro servirán al lector para formarse una opinión propia, ya que contará con la información necesaria para ello. Así mismo, esperemos y confiemos que su contenido sea conocido por las personas con competencia para poder soslayar los problemas existentes. Desde la Academia no se puede hacer mucho más que denunciar pero cuando esta denuncia está argumentada, como es el caso, debería de servir para que los responsables tomaran nota y actuaran conforme a los principios que, teóricamente, afirman defender.

No puedo terminar esta introducción sin agradecer a Massimo DONINI y Luigi FOFFANI la idea de llevar a efecto estos Seminarios Hispano-Italianos, organizando el primero, que se celebró en la Università di Módena e Reggio Emilia. Espero que podamos continuar con esta colaboración, pese a las actuales circunstancias tan poco favorables a la investigación, ya que no son

creíbles las demagógicas palabras de los políticos acerca de la importancia del I+D.

Agradecimiento que se extiende a Víctor GÓMEZ y Juan Carlos HORTAL, así como a Vicente VALIENTE, que han posibilitado que se llevara a efecto esta publicación, así como a todos los que, desde Italia y desde España, colaboraron en la organización del Seminario, en particular David CARPIO e Ivan SALVADORI, a los que participaron en el Seminario y, muy especialmente, a los autores de este libro que, sacando tiempo de donde no existe, han realizado los trabajos que conforman esta publicación.

Agradecimiento, al que se suma la admiración, a Santiago MIR PUIG, maestro académico de muchos de los que participamos en esta obra, y Maestro del Derecho penal, en general. Aun cuando no haya podido participar directamente en este Seminario siempre ha estado ahí, no sólo por ser el Investigador Principal del Proyecto de Investigación, sino por su implicación constante en su desarrollo.