

MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO

Doctora en Derecho

EL LEGISLADOR PENAL EUROPEO: LEGITIMIDAD Y RACIONALIDAD

Prólogo

Adán NIETO MARTÍN

Catedrático de Derecho Penal

de la Universidad de Castilla-La Mancha

CIVITAS



THOMSON REUTERS

ÍNDICE

	<u>Página</u>
AGRADECIMIENTOS	17
PRÓLOGO	19
INTRODUCCIÓN	23

PARTE I

BOSQUEJO DE UNA TEORÍA GENERAL DE LA ARMONIZACIÓN PENAL

CAPÍTULO I

LA ARMONIZACIÓN COMO TÉCNICA DE INTEGRACIÓN ENTRE ORDENAMIENTOS AUTÓNOMOS

I. La cooperación judicial penal y sus estrechos vínculos con la aproximación entre ordenamientos	47
II. Modelos de organización entre actores	50
III. Modelos de integración o relación de aproximación entre normas de ordenamientos jurídicos	68
1. <i>La armonización como técnica de aproximación: Deslinde conceptual</i>	<i>69</i>
2. <i>Mecanismos de aproximación menos intensos</i>	<i>74</i>
2.1. La aproximación a través del <i>soft law</i>	74
2.2. La armonización espontánea	87
2.3. Aproximación indirecta	90
2.3.1. Asimilación	90
2.3.2. Efectos negativos	94
2.3.3. Efecto directo e interpretación conforme al Derecho comunitario	106
A) La eficacia directa o aplicabilidad directa ...	107
B) El principio de interpretación conforme	113
3. <i>La unificación como grado sumo de aproximación entre ordenamientos</i>	<i>130</i>

IV. Costes y metodología en la armonización y unificación.....	132
1. <i>Costes de política criminal</i>	132
2. <i>Costes jurídicos</i>	137
3. <i>Métodos de armonización y unificación</i>	143
CAPÍTULO II	
LOS DERECHOS PENALES FEDERALES Y EL DERECHO PENAL EUROPEO	
I. Modelos federales con Derecho penal material y procesal (total o prácticamente) unificado y sistema de administración de justicia federal y/o local.....	160
1. <i>Alemania</i>	160
2. <i>España</i>	163
3. <i>Canadá</i>	165
II. Estados Federales con sistemas de Derecho penal material y procesal descentralizado	170
1. <i>Estados Unidos de América</i>	170
1.1. La expansión de los poderes de la Federación pese a regir el principio de poderes limitados.....	170
1.2. La labor armonizadora del TS y otras formas de influencia de tipo <i>soft law</i>	178
1.3. El sistema de justicia penal y la cooperación judicial en EE UU.....	180
2. <i>México</i>	182
III. Estados Federales que unifican el derecho penal material pero no el procesal.....	184
1. <i>Suiza</i>	184
2. <i>Argentina</i>	186
IV. Conclusiones: paralelismos y divergencias con la UE.....	188
CAPÍTULO III	
ENTRE TÉCNICA JURÍDICA Y SOBERANÍA: LAS DIFICULTADES DE LA ARMONIZACIÓN	
I. Las distintas tradiciones y culturas jurídicas como obstáculo: divergencias en el Derecho penal material	195
1. <i>Las incriminaciones</i>	207

1.1. Las divergencias como problema para armonizar un determinado ámbito delictivo	207
1.2. Las divergencias como problema en la asistencia judicial en materia penal	213
2. <i>Las sanciones y las cuestiones relativas a la Parte General</i> ...	225
3. <i>Balance</i>	241
II. Argumentos soberanistas.....	243
1. <i>Presencia de tesis soberanistas en los procesos de negociación: enfoque competencial vertical y horizontal</i>	243
2. <i>«Vuelta de tuerca» a los argumentos soberanistas. Lectura positiva y negativa: el fuera de juego legislativo</i>	249

PARTE II

LAS HERRAMIENTAS DE LA ARMONIZACIÓN Y SUS LÍMITES: COMPETENCIAS, SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD

CAPÍTULO IV
LAS HERRAMIENTAS

I. La era del Tratado de Lisboa y las nuevas competencias penales de la Unión.....	265
II. Los dos tipos de armonización del artículo 83 TFUE.....	267
1. <i>La armonización autónoma (artículo 83.1 TFUE)</i>	268
2. <i>La armonización accesoria (artículo 83.2 TFUE)</i>	283
III. La protección de los intereses financieros de la Unión.....	291

CAPÍTULO V
PROPORCIONALIDAD Y SUBSIDIARIEDAD

I. Introducción.....	313
II. Los bienes jurídicos comunitarios: a caballo entre proporcionalidad penal, por un lado, y subsidiariedad y proporcionalidad competencial, por otro lado.....	317
1. <i>El bien jurídico como herramienta útil para el legislador europeo</i>	317
2. <i>La función positiva de legitimación en el bien jurídico: La vinculación con el principio de subsidiariedad y de proporcionalidad competencial del artículo 5 TUE</i>	319

2.1. El bien jurídico y sus funciones instrumentales.....	323
2.2. Justificación de la tutela asignada por el tipo de función instrumental que el bien jurídico desempeña.....	329
2.3. La vinculación de la clasificación realizada con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad (artículo 5.3 y 5.4 TUE).....	341
2.3.1. El principio de subsidiariedad comunitaria y su vinculación con las funciones de los bienes jurídicos comunitarios	341
2.3.2. El principio de proporcionalidad competencial su relación con el margen nacional de apreciación ...	352
3. <i>La función crítica del bien jurídico: La vinculación con el principio de protección de bienes socialmente relevantes como presupuesto del principio de proporcionalidad penal</i>	354
III. El principio de proporcionalidad penal y comunitaria: Ajustes ..	362
1. <i>Introducción</i>	362
2. <i>Estructura escalonada del principio de proporcionalidad</i>	374
IV. Sobre cómo se tienen en cuenta la proporcionalidad competencial penal y la subsidiariedad comunitaria en los procedimientos legislativos de la UE	391
1. <i>Introducción</i>	391
2. <i>Directrices para verificar el principio de subsidiariedad y de proporcionalidad competencial</i>	392
2.1. El carácter transnacional o transfronterizo del problema..	396
2.2. La necesidad de evitar restricciones al mercado común ...	400
2.3. El argumento relativo a que se demuestre un <i>plus</i> añadido de beneficio en relación a la intervención individual de los EEMM.....	404
2.3.1. Evitar el <i>forum shopping</i> , es decir, la búsqueda por parte de los infractores del órgano jurisdiccional más ventajoso	404
2.3.2. Efecto disuasorio de la medida europea.....	410
2.3.3. Mejor cumplimiento de las obligaciones internacionales a través de la Comunidad	412
2.3.4. Evitar el largo procedimiento de adopción y ratificación de los convenios internacionales y la utilización de los instrumentos de cooperación judicial en materia penal.....	413

2.3.5. Otros criterios para determinar la <i>subsidiariedad</i> ..	414
2.4. El tipo de instrumento elegido como pauta para verificar el cumplimiento de la proporcionalidad competencial ...	415
3. <i>La proporcionalidad penal a través de casos paradigmáticos ..</i>	417
4. <i>Balance</i>	432

PARTE III

LA RESERVA DE LEY EN EL DERECHO PENAL EUROPEO

CAPÍTULO VI

NULLUM CRIMEN SINE LEGE PARLAMENTARIA: FUNDAMENTO Y DÉFICITS

I. Introducción	443
II. Formas de configurar un derecho fundamental	453
1. <i>El estándar máximo de protección</i>	456
2. <i>El criterio del ordenamiento prevalente</i>	461
3. <i>El criterio del mínimo común denominador</i>	462
4. <i>El criterio de la better law</i>	464
5. <i>El equivalente funcional</i>	466
III. La insuficiencia de las herramientas presentadas	468
1. (...) <i>en relación a los estándares de protección</i>	468
2. (...) <i>respecto al equivalente funcional: ¿Equivalencia funcional a un modelo de ley que está en crisis?</i>	470
2.1. <i>Recurso a fuentes distintas de la ley para regular la materia penal</i>	471
2.2. <i>Predominio de las burocracias en la elaboración de la ley..</i>	483
3. <i>Balance</i>	490
IV. Principio de reserva de ley y soberanía popular: dos caras de una misma moneda	497
1. <i>La soberanía como concepto preexistente al Estado y a la democracia liberal</i>	497
2. <i>El principio de legalidad penal parlamentario y su apego a la soberanía ilustrada</i>	504

3. <i>Las transformaciones del Estado-nación a raíz de la globalización y sus repercusiones para la soberanía popular y la reserva de ley</i>	509
V. Contextos de legitimación en la Unión Europea	518
1. <i>Señas de identidad de los modelos de legitimación</i>	518
2. <i>La existencia de un demos como requisito de legitimidad</i>	529
3. <i>Modelos de legitimación de tipo input y su insuficiencia en escenarios supranacionales</i>	533
VI. Balance: nuevas dimensiones de la reserva de ley en el Derecho penal europeo	544

CAPÍTULO VII

LA RESERVA DE LEY SUPRANACIONAL: UNA PROPUESTA DE REFORMULACIÓN

I. <i>Gubernative rechtsetzung y good governance</i>: dos puntos de partida necesarios pero incompletos	549
II. Primera herramienta: la democracia deliberativa	556
III. Segunda herramienta: la <i>accountability</i>	566
IV. Las condiciones instrumentales para el establecimiento de una democracia deliberativa y de los mecanismos de <i>accountability</i> ..	574
1. <i>Los deberes de motivación y de argumentación</i>	574
1.1. <i>Contenido y funciones</i>	574
1.2. <i>Las evaluaciones de impacto como cauce específico de motivación y argumentación en sede legislativa</i>	583
2. <i>La racionalización de las decisiones públicas a través de la evaluación ex-post de la norma penal</i>	588
2.1. <i>Los inicios de la cultura evaluatoria</i>	588
2.2. <i>Las funciones de la evaluación</i>	590
2.3. <i>El contenido y la configuración de la evaluación legislativa</i>	593
2.4. <i>El objeto y los criterios de la evaluación legislativa</i>	602
3. <i>Transparencia, accesibilidad y publicidad</i>	624

CAPÍTULO VIII

APLICACIÓN DEL MODELO DE RESERVA DE LEY PENAL SUPRANACIONAL A LA UE

I. Introducción	631
------------------------------	-----

II. Los rasgos deliberativos en los procedimientos de adopción de decisiones en la UE como hipótesis a verificar	631
1. <i>¿De dónde venimos? El antiguo procedimiento de consulta en el Tercer Pilar como antítesis de la democracia deliberativa</i>	633
2. <i>¿Adónde hemos llegado? Un paseo por el procedimiento legislativo ordinario en el ámbito penal</i>	639
2.1. <i>La fase prelegislativa</i>	644
2.2. <i>La fase de iniciativa</i>	676
2.3. <i>La fase de audiencia o consulta</i>	687
2.4. <i>Fase de deliberación en el PE y en el Consejo</i>	695
2.4.1. <i>Deliberación a través de cauces formales</i>	695
2.4.2. <i>Deliberación mediante cauces informales</i>	702
2.5. <i>Fases de conciliación y de promulgación y publicación</i> ...	704
3. <i>Los procedimientos de emergencia (emergency brake) y de alerta temprana: Hacia un plus de reserva de ley penal supranacional</i>	704
3.1. <i>El emergency brake</i>	704
3.2. <i>El control del principio de subsidiariedad por los parlamentos nacionales mediante el procedimiento de alerta temprana</i>	707
3.2.1. <i>Generalidades de la experiencia piloto del control de la subsidiariedad en la Propuesta de Decisión marco por la que se modifica la Decisión marco relativa a la lucha contra el terrorismo</i>	715
3.2.2. <i>Los resultados del control</i>	716
3.2.3. <i>La imposibilidad de aplicar el sistema de «alerta temprana» al principio de proporcionalidad</i>	720
3.2.4. <i>Los inconvenientes del sistema de «alerta temprana»</i>	724
4. <i>El Tratado de Lisboa y la Agencia de los Derechos fundamentales de la UE</i>	730
5. <i>Lo que todavía nos queda por recorrer: Los cabos sueltos del Tratado de Lisboa</i>	732
III. Los mecanismos de <i>accountability</i> y su plasmación en el ámbito penal	736
1. <i>La accountability política</i>	736
1.1. <i>A través de las elecciones democráticas al PE y al Consejo (elección indirecta)</i>	736

1.2. A través de los Parlamentos nacionales	744
1.3. Otras cuestiones en materia de <i>accountability</i> política ...	752
2. <i>La accountability judicial</i>	754
2.1. Ante el Tribunal de Luxemburgo	754
2.2. Ante el TEDH	777
2.3. Ante jueces ordinarios y Tribunales Constitucionales nacionales.....	794
IV. Condiciones instrumentales	804
1. <i>Racionalización de las decisiones públicas a través de la evaluación ex-post de la norma penal</i>	804
1.1. La evaluación realizada por la Comisión (y en teoría también por el Consejo).....	805
1.2. La evaluación mutua	812
1.3. La evaluación por expertos independientes	817
2. <i>Publicidad y transparencia</i>	820
2.1. Publicidad de las sesiones	821
2.2. Acceso a los documentos	825
2.3. Publicidad de los trámites procesales para participar en los procedimientos de consulta	830
V. Conclusiones de la aplicación del modelo a la UE en el ámbito penal	831
1. <i>Rasgos deliberativos en el procedimiento legislativo ordinario</i> ...	832
2. <i>Mecanismos de accountability política y judicial</i>	834
3. <i>Evaluación ex-post</i>	835
4. <i>Transparencia y publicidad</i>	838
Balance Final	839
ANEXO I	
ANÁLISIS ESQUEMÁTICO DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL MODELO DE RESERVA DE LEY PENAL SUPRANACIONAL	843
ANEXO II	
RELACIÓN DE INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS, SENTENCIAS Y OTROS DOCUMENTOS ESTUDIADOS	865
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA	881