

CONSTITUCIÓN Y SISTEMA PENAL.
MIR PUIG, SANTIAGO-CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU
(DIRECTORES). HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS
(COORDINADOR). MARCIAL PONS. MADRID-BARCELONA-
BUENOS AIRES-SÃO PAULO, 2012, 334 PÁGINAS*

MARIO DURÁN MIGLIARDI
Universidad de Atacama¹
mario.duran@uda.cl

Constitución y sistema penal es una obra colectiva, surgida al alero de un proyecto de investigación (MEC-DER 2008-044410/JURI) dirigido por el profesor Dr. Santiago Mir Puig y financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España sobre las consecuencias que, en los planos legislativo y judicial, tendría dicha interrelación. Su propuesta es intentar introducir mayores niveles de racionalidad, tanto a la elaboración de la dogmática jurídico-penal, como a la creación, aplicación e interpretación de la ley penal. Para ello, la obra sostiene la utilización de los principios constitucionales que limitan el ejercicio del *ius puniendi* como medio de justificar la racionalidad de dichas decisiones.

Es de destacar que dicha propuesta se realiza desde distintas perspectivas: desde la filosofía del Derecho, la dogmática penal, desde el proceso penal, desde la jurisprudencia y desde la política criminal. Asimismo, es meritorio de destacar que, si bien en su mayoría los autores son destacados penalistas, también concurren a la propuesta importantes filósofos del Derecho, constitucionalistas e internacionalistas, así como un autor de perspectiva anglo-sajona como es el caso del catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Pennsylvania, Paul H. Robinson.

* Trabajo recibido el 15 de junio de 2015 y aprobado el 1 de julio de 2015.

¹ Abogado. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Atacama. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Regular de Investigación Conicyt-Fondecyt N° 1120150, titulado “El Derecho Penal Constitucional como fundamento de los principios, instrumentos y fines del sistema penal. Concepto, alcance y limitaciones en Chile”, de quien el autor es investigador responsable.

Con dicho objetivo, la obra se divide en cuatro partes y once artículos: la primera aborda la relación *Sociedad, Constitución y Derecho Penal*, y contiene dos artículos; la segunda parte trata sobre las *Garantías constitucionales en la elaboración y control de la ley penal*, y se compone de tres artículos; la tercera parte, a su vez, trata sobre *Principios constitucionales y Derecho Penal* y se aborda con tres artículos; finalmente, la cuarta parte, titulada *Garantías constitucionales en el proceso y ejecución penal*, consta de tres artículos.

En la primera parte, el artículo *Constitucionalismo y Derecho Penal*, del destacado profesor Manuel Atienza, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, a mi juicio, trata sobre la importancia que la discusión acerca del constitucionalismo, como teoría general del Derecho, tendría para los penalistas. El autor, para contextualizar y dar contenido a dicha propuesta, parte aclarando la confusión terminológica entre *constitucionalismo* y *neo-constitucionalismo*; sigue con el desarrollo del planteamiento de Ferrajoli sobre “constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”; analiza el cambio de perspectiva respecto de estos temas en la dogmática penal, reflejada en la obra de Mir Puig y Vives Antón, y la influencia que en ello tendría la obra de Habermas y Alexy.

El segundo artículo de la primera parte, titulado *El papel que le corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena*, pertenece al ya señalado catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Pennsylvania, Paul H. Robinson. El autor parte de la premisa, basada en investigaciones empíricas científico-sociales, que la gran responsabilidad y poder del Derecho Penal implica –y es particularmente lo más apropiado– que este refleje de la mejor forma posible los valores compartidos por las personas sobre qué conductas merecen una condena penal y las opiniones compartidas sobre cuándo y en qué medida debe ser sancionada una infracción. Desde allí, en mi opinión, la tesis principal del artículo consiste proponer una justificación alternativa –de carácter *comunitaria*– basada en la consulta de las opiniones de la comunidad sobre la justicia, valorando la importancia práctica de seguir los juicios de la comunidad, redefiniendo el debate entre Retribucionismo y Utilitarismo y formulando las principales dificultades que ello representa a través de los ejemplos del actual debate estadounidense y del debate en China sobre estos temas.

En la segunda parte, el artículo *Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal*, de la profesora Gema Marcilla Córdoba, profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, desde el paradigma del neo-constitucionalismo trata, en mi opinión, de establecer y fundamentar teóricamente la relación que a su juicio existe entre la argumentación y la legitimidad de las decisiones públicas, así como el rol que en ello le caben a los principios

constitucionales que limitan el *ius puniendi*. Todo reflejado en ejemplos de prácticas argumentativas en la elaboración de leyes. Asimismo, la autora realiza una clara distinción entre la argumentación legislativa y la argumentación judicial, señalando y desarrollando los ámbitos que aquella tendría.

El segundo artículo de la segunda parte, titulado *El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios*, del profesor Víctor Ferreres Comella, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, desarrolla el objetivo expresado en su título bajo la premisa que los principios limitadores y justificadores del *ius puniendi*, surgidos de la filosofía liberal, hoy se encuentran consagrados en la Constitución española y en otros textos jurídicos de carácter internacional o supranacional, limitando al legislador penal. Por ello, prosigue, el juez puede emplear esos principios para analizar críticamente las normas que fijan los delitos y las penas, pudiendo llegar a inaplicarlas (sic) en determinados casos, complementando de este modo la tarea desempeñada por el Tribunal Constitucional. Así, el autor analiza la cuestión de la inconstitucionalidad de las leyes penales como arma de la que dispone el juez ordinario. Propone una alternativa a la inconstitucionalidad: la “interpretación conforme” de las leyes penales, para los casos en que el juez actúa –más bien– en un rol complementario al del Tribunal Constitucional. Asimismo, el autor presenta dos temas que complejizan aún más la cuestión: el tema del control de convencionalidad de las leyes penales y el campo abierto que representa el Derecho de la Unión Europea.

El tercer artículo de la segunda parte, titulado *El acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional frente a resoluciones del orden penal*, de la catedrática en Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, Dra. Mercedes Pérez Manzano, constituye –en mi opinión– un excelente análisis de los efectos y alcances que la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español (LO 6/2007 de 24 de mayo) tuvo, específicamente, respecto de la naturaleza y funcionamiento del recurso de amparo como instrumento de protección de los derechos fundamentales, después de cinco años de vigencia. Ello, sobre todo, porque al introducir el nuevo requisito de admisión del recurso, consistente en que la demanda de amparo tenga especial trascendencia constitucional, ello debería repercutir en los recursos de amparo interpuestos contra resoluciones dictadas en el orden penal. En este sentido, la autora analiza la reforma del recurso de amparo, las generalidades y su contexto teórico-práctico, el concepto de trascendencia constitucional y el sentido y alcance de las modificaciones, la interpretación de la trascendencia constitucional que el propio Tribunal Constitucional realizó y ejemplos relativos al orden penal. Por último, la autora realiza un juicio crítico

—que también asume en las conclusiones— respecto de la práctica del Tribunal Constitucional tras la reforma en comentario.

En la tercera parte, el artículo *Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales*, de la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, inaugura el análisis de los Principios Constitucionales y el Derecho Penal. A mi juicio, a partir de la constatación de que al fenómeno de la expansión del Derecho Penal le corresponde una eflación de las garantías, la autora plantea una original visión acerca del problema de la seguridad en la aplicación de las sanciones penales y el efecto de ello en la crisis de las garantías constitucionales. Esto es, revisita la noción acerca de que el efecto disuasorio de las penas se fundamenta, esencialmente, en su cumplimiento, señalando que este no puede verse como algo contrario a las garantías sino, más bien, como la necesaria eficacia del sistema judicial. Cuestión que, a su vez, posibilitaría la aplicación de las normas sin merma de las garantías. Para ello, la autora analiza críticamente las que denomina *desviaciones* en el tratamiento del merecimiento y la necesidad de pena en su rol de límites en la antijuridicidad y la imputación personal; la *relajación* de los elementos de la teoría del delito y del proceso penal, especialmente en relación a los medios de prueba; el rol del bien jurídico-penal *versus* la estabilización de la norma propuesta por el funcionalismo radical. Asimismo, cuestiona la situación y el tratamiento de la organización criminal, del blanqueo de capitales y del delito de delincuencia organizada, desde la teoría del delito y de la prueba, como ejemplos de ruptura con el Derecho Penal garantista. Por último, ofrece interesantes propuestas a modo de conclusiones.

El segundo artículo de la tercera parte, titulado *¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el Código Penal Español*, del profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Dr. Víctor Gómez Martín, se adentra latamente en una discusión muy actual en la dogmática penal española, esto es, si es posible construir una categoría en torno al elemento de la motivación discriminatoria del sujeto activo del delito. Concretamente, si es posible hablar de *delitos antidiscriminatorios* para aludir a todos aquellos delitos en los que en la parte subjetiva del tipo viene constituida, como elemento subjetivo especial, además y distinto del dolo, por una motivación discriminatoria. La polémica se centraría, a mi juicio, en aceptar que en determinados tipos del Código Penal español (específicamente los artículos 314, 510.1, 511 y 512) el bien jurídico protegido no sería, como

afirma la doctrina mayoritaria, la protección del *derecho fundamental a la igualdad* (consagrado expresamente en el art. 14.1 de la Constitución española) sino una nueva construcción, de origen anglosajón: *los delitos de odio y discriminación*, como afirma un sector de los operadores del sistema penal. Ello implicaría además, a mi juicio, que la nueva construcción no solo entraría en pugna con el principio de igualdad sino también con otros como la libertad de expresión, la taxatividad y la certeza de la ley penal, así como también se entroncaría con una discusión más amplia y antigua como es los límites entre el Derecho Penal del hecho y el Derecho Penal de autor. En este contexto, el autor realiza un análisis de la circunstancia agravante genérica de motivos discriminatorios del art. 22.4 del Código Penal español (similar a nuestro art. 12 N° 21); explora las posibilidades aplicativas en supuestos discriminatorios, en los delitos contra la integridad moral (art. 173 del Código Penal español); en el delito de discriminación en el ámbito laboral (art. 314 del Código Penal español); en el delito de incitación a la discriminación, el odio o la violencia (art. 510.1 del Código Penal español); en los delitos de denegación discriminatoria de prestación de servicio, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado (arts. 511 y 512 del Código Penal español), y en el delito de negación o justificación del genocidio (art. 607.2 del Código Penal español).

El tercer artículo de la tercera parte, titulado *Europeización y reconstitución del non bis in ídem –efectos en España de la STEDH Sergei Zolotoukhine v. Rusia de 10 de febrero de 2009*, del profesor ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Dr. David Carpio Briz, constituye un muy buen análisis del principio *non bis in ídem* (*no dos veces en lo mismo*) a la luz de la interpretación que del mismo principio realiza la sentencia de la gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a que se hace mención en el título. El punto central, a mi juicio, está en que el principio en cuestión viene siendo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como derecho fundamental, a pesar de no contar con un reconocimiento expreso en la Carta Fundamental española de 1978, de forma sustancial o material, como una garantía de limitación al *ius puniendi* tendiente a prohibir que un ciudadano sufra reiterados castigos en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, sobre todo en relación al polémico contexto Derecho Penal-Derecho Administrativo sancionador, y la posible aplicación conjunta de sanciones penales y sanciones administrativas. Para el autor, esta construcción y sus fundamentos queda bastante comprometida tras esta sentencia (que establecería un verdadero canon europeo al respecto) sobre todo en lo que guarda relación con su contenido fundamental. En este contexto,

el autor analiza la sentencia y su concepto de sanción y de procedimiento penal para los efectos de la aplicación del principio, el término infracción como *idem factum* y la constatación procesal del *bis* como doble enjuiciamiento; la compatibilidad constitucional del principio *non bis in idem* en España ante el concurso de leyes penales y administrativas con el estándar mínimo europeo.

La cuarta parte del libro, *Garantías constitucionales en el proceso penal y ejecución penal*, se inicia con el artículo *La detención preventiva: previsiones constitucionales y legales*, del profesor Joan J. Queralt Jiménez, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona. A mi juicio, aquí el autor revisita, desde la óptica constitucional propia de un Estado social y democrático de Derecho, no solo el contenido formal del concepto constitucional de libertad sino también su contenido sustancial, esto es, su alcance en la previsión normativa de la privación de libertad así como las posibles restricciones a la misma, es decir, las privaciones de libertad constitucionales. Asimismo, y bajo la misma óptica, desarrolla el concepto de detención preventiva y su presupuesto fundamental: el hecho punible. Para ello, despeja la problemática de la apariencia de delito y del delito fragante; del delito presunto y los tipos de sospecha; la proporcionalidad de la detención preventiva, su duración y la situación de la detención para la identificación.

El segundo artículo de la cuarta parte, titulado *Proceso penal, admisibilidad de la prueba y tratos inhumanos (comentario sobre la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Gäfgen contra Alemania)*, del profesor Jordi Bonet Pérez, catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona, se centra en el análisis de la determinación de los límites operativos de la labor policial frente a situaciones extremas en las que la vida de una o varias personas corre peligro. Para el autor, esta cuestión presenta dos vertientes indisociables: el alcance de los métodos y técnicas policiales de interrogatorio destinadas a salvaguardar vidas humanas en situaciones de riesgo y las consecuencias de la potencial transgresión de las normas jurídicas que protegen los derechos y libertades de la persona privada de libertad. En este contexto, el autor analiza los malos tratos al detenido y su incidencia en el proceso penal, delimitando los términos del debate jurídico ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el juicio en cuestión a la luz del supuesto de hecho planteado y la calificación jurídica del trato recibido, según el art. 3 de la CEDH. Asimismo, analiza el derecho a un juicio equitativo y la admisión de la prueba en el sentido del art. 6.1 del CEDH: la admisión de prueba en el proceso penal y los tratos inhumanos durante la investigación policial, los principios generales aplicables a la idoneidad de la prueba respecto a las exigencias del derecho a un juicio equitativo y la jurisprudencia del TEDH, así como la aplicación de tales principios en el

asunto en cuestión. Finalmente, el autor realiza reflexiones sobre la posición del TEDH en el *asunto*, los derechos reconocidos en términos absolutos y la valoración de la técnica jurídico-penal.

Finalmente, el tercer artículo de la cuarta parte, titulado *Constitución y prescripción de la pena*, del profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Dr. Sergi Cardenal Montraveta, analiza esta causal de extinción de la responsabilidad penal a la luz de una interesante sentencia del Tribunal Constitucional (97/2010, de 15 de noviembre) que puso de relieve el rol del principio de legalidad como límite a la admisión de causas de suspensión y/o interrupción del cómputo del *tiempo de prescripción de la pena*.

Con esta breve reseña espero despertar el interés de los lectores y dejar de manifiesto la calidad del contenido de cada uno de los artículos en comentario, así como el más que suficiente logro de los objetivos propuestos por los autores.