

# *Constitución y sistema penal*

**Santiago Mir Puig**

**Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.)**

**Juan Carlos Hortal Ibarra (Coord.)**

Derecho penal & Criminología



Marcial  
Pons

SANTIAGO MIR PUIG  
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO  
(Dir.s.)

# CONSTITUCIÓN Y SISTEMA PENAL

Juan Carlos Hortal Ibarra  
(Coord.)

Prólogo de  
Santiago Mir Puig

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

# ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO.....	15

## PRIMERA PARTE

### SOCIEDAD, CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

I. CONSTITUCIONALISMO Y DERECHO PENAL, <i>por Manuel Atienza</i> .....	19
II. EL PAPEL QUE CORRESPONDE A LA COMUNIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y DE LA PENA, <i>por Paul H. Robinson</i> .....	41
1. Introducción .....	41
2. El valor práctico de seguir los juicios de la comunidad sobre la justicia .....	42
3. ¿Es posible que el Derecho penal siga los puntos de vista de la comunidad? .....	48
3.1. Las nociones de merecimiento como inevitablemente vagas. ....	48
3.2. Desacuerdo insuperable sobre las nociones de merecimiento .....	50
3.3. Los juicios naturales de las personas sobre la pena toman como referencia la disuasión o la inocuización, no el merecimiento .....	53
4. Redefiniendo el clásico debate entre Retribucionismo y Utilitarismo .....	54
5. El debate estadounidense: la desutilidad de la injusticia .....	55
6. El debate en China: los peligros de considerar los puntos de vista de la comunidad en la resolución de casos individuales.....	60
7. Conclusión .....	64

## SEGUNDA PARTE

## GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA ELABORACIÓN Y CONTROL DE LA LEY PENAL

<b>I. ARGUMENTACIÓN EN EL ÁMBITO LEGISLATIVO Y PRESTIGIO DE LA LEY PENAL, por Gema Marcilla Córdoba.....</b>	67
1. Introducción.....	67
2. Argumentación y legitimidad de las decisiones públicas. El paradigma neoconstitucionalista .....	74
3. ¿Pero tiene sentido hablar de racionalización de la política? .....	82
4. Razones teóricas para abordar la argumentación legislativa .....	87
5. Algunos ejemplos de prácticas argumentativas en la elaboración de las leyes: el preámbulo a la reforma del Código Penal en virtud de la LO 5/2010, de 23 de junio.....	89
6. Diferencias entre la argumentación legislativa y la argumentación judicial.....	94
7. Los ámbitos de la argumentación legislativa.....	96
7.1. La argumentación relacionada con la deliberación parlamentaria .....	97
7.2. La argumentación relacionada con la redacción del texto de la ley .....	98
7.3. La argumentación relativa a la implementación o puesta en práctica de la ley .....	104
<b>II. EL CONTROL DE LAS LEYES PENALES POR PARTE DE LOS JUECES ORDINARIOS, por Víctor Ferreres Comella.....</b>	109
1. Introducción.....	109
2. La cuestión de inconstitucionalidad como arma de la que dispone el juez ordinario frente a la Ley penal.....	110
3. Una alternativa a la cuestión de inconstitucionalidad: la «interpretación conforme» de las leyes .....	112
4. Una pregunta delicada: el control de convencionalidad de las leyes penales.....	116
5. Un campo abierto: el Derecho de la Unión Europea .....	118
<b>III. EL ACCESO AL RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A RESOLUCIONES DEL ORDEN PENAL, por Mercedes Pérez Manzano.....</b>	123
1. Introducción.....	123
2. La reforma del recurso de amparo en la LO 6/2007, de 24 de mayo .....	124
2.1. Generalidades y contexto teórico-práctico de la reforma.....	124
2.2. La trascendencia constitucional.....	126

	Pág.
2.2.1. Las modificaciones.....	126
2.2.2. El sentido de las modificaciones.....	127
3. La interpretación de la trascendencia constitucional por el propio Tribunal Constitucional; la STC 155/2009 .....	137
4. Ejemplos relativos al orden penal.....	140
5. La práctica del Tribunal Constitucional tras la reforma LO 6/2007 y la STC 155/2009.....	143
6. Conclusión .....	148

### TERCERA PARTE

## PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DERECHO PENAL

<b>I. CRISIS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LAS REFORMAS PENALES Y DE SU INTERPRETACIÓN POR LOS TRIBUNALES, por Mirentxu Corcoy Bidasolo.....</b>	<b>153</b>
1. Introducción .....	153
2. Merecimiento y necesidad de pena como límites en la antijuricidad y la imputación personal.....	155
3. «Relajación» de los elementos de la teoría del delito y proceso .....	158
4. Bien jurídico-penal <i>versus</i> estabilización de la norma .....	159
5. Organización criminal y blanqueo como ejemplos de ruptura con un Derecho penal garantista .....	161
5.1. Organización criminal y teoría del delito.....	161
5.2. Blanqueo de capitales. El autoblanqueo como ejemplo de infracción de garantías ( <i>non bis in idem</i> ). La tipificación como blanqueo de conductas de agotamiento de otros delitos. Los indicios como prueba del dolo. La ausencia de criterios de imputación objetiva .....	166
5.3. El delito de delincuencia organizada como ejemplo de «Derecho Penal de la prueba».....	170
6. Conclusiones y propuestas.....	171
<b>II. ¿PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD O PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD? A PROPÓSITO DE LOS DELITOS DE ODIOS Y DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, por Víctor Gómez Martín.....</b>	<b>175</b>
1. Planteamiento .....	175
2. La circunstancia genérica agravante de motivos discriminatorios (art. 22.4.ª CP) .....	177
3. Los delitos contra la integridad moral (art. 173 CP): posibilidades aplicativas en supuestos discriminatorios .....	181

	Pág.
4. El delito de discriminación en el ámbito laboral (art. 314 CP) .....	183
4.1. Planteamiento .....	183
4.2. El catálogo de causas discriminatorias.....	184
4.3. El carácter equívoco del término «empleo» .....	185
4.4. Exigencia típica de no restablecimiento de «la situación de igualdad ante la ley» .....	185
4.5. ¿Carácter extremadamente benigno de la pena? .....	188
5. El delito de incitación a la discriminación, el odio o la violencia (art. 510.1 CP).....	188
5.1. Algunas referencias político-criminales .....	188
5.2. Algunas preguntas .....	193
5.2.1. ¿Debe ser interpretada la «provocación» del art. 510.1 CP en estricta correspondencia con el art. 18.1 CP? .....	193
5.2.2. ¿Es la redacción del art. 510.1 CP suficientemente taxativa? .....	194
5.2.3. ¿Es el delito previsto en el art. 510.1 CP un exponente de Derecho penal de autor? .....	195
5.3. Algunas respuestas.....	196
5.3.1. Sobre los límites del concepto de Derecho penal de autor .....	196
5.3.2. El delito de provocación discriminatoria como <i>delictum sui generis</i> .....	199
6. Los delitos de denegación de prestación de servicio (arts. 511 y 512 CP).....	202
6.1. Denegación discriminatoria de servicio en el ámbito público (art. 511 CP) .....	202
6.2. Denegación discriminatoria de servicio en el ámbito privado (art. 512 CP) .....	203
7. El delito de negación o justificación del genocidio (art. 607.2 CP) .	205
7.1. Libertad de expresión versus revisionismo histórico .....	205
7.2. Los orígenes del art. 607.2 CP .....	207
7.3. La STC 235/2007, de 7 de noviembre: el caso de la librería Europa.....	209
7.4. Los votos particulares de la STC 235/2007 .....	212
7.5. Toma de postura .....	215
<b>III. EUROPEIZACIÓN Y RECONSTITUCIÓN DEL NON BIS IN IDEM —EFECTOS EN ESPAÑA DE LA STEDH SERGUEÏ ZOLOTOUKHINE V. RUSIA DE 10 DE FEBRERO DE 2009—, por David Carpio Briz.....</b>	<b>223</b>

	Pág.
1. Introducción: objeto y perspectiva del estudio.....	223
2. La sentencia de la gran sala del TEDH <i>Serguei Zolotoukhine contra Rusia</i> de 10 de febrero de 2009: la consolidación del canon europeo.....	226
2.1. El concepto de sanción y procedimiento penal a los efectos de aplicación del art. 4 del P. 7: «Criterios Engel».....	229
2.2. El término «infracción» como <i>idem factum</i> .....	231
2.3. La constatación procesal del bis como doble enjuiciamiento.	232
3. La compatibilidad constitucional del <i>non bis in idem</i> en España ante el concurso de leyes penales y administrativas con el estándar mínimo europeo.....	234
4. Conclusiones.....	241

## CUARTA PARTE

### GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO Y EJECUCIÓN PENAL

<b>I. LA DETENCIÓN PREVENTIVA: PREVISIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES, por Joan J. Queralt Jiménez.....</b>	<b>245</b>
1. Concepto constitucional de libertad.....	245
2. Previsiones constitucionales y legales.....	247
2.1. Alcance de la previsión normativa de privación.....	247
2.2. Posibles restricciones de libertad.....	248
2.2.1. Privaciones de libertad de previsión constitucional...	248
3. Concepto de detención preventiva.....	249
4. Presupuesto de la detención preventiva: un hecho punible.....	249
5. La apariencia de delito.....	250
5.1. Concepto de delito.....	251
5.2. El delito flagrante.....	252
6. El delito presunto.....	253
6.1. Tipo de sospecha.....	253
6.2. La calificación del delito.....	254
7. Proporcionalidad.....	254
8. Duración de la detención.....	255
9. La detención para identificación.....	256
9.1. Regulación previa.....	257
9.2. Innovaciones de la LOPSC.....	257
9.3. La censura constitucional.....	258

	Pág.
9.3.1. La detención para identificación es una detención ...	258
9.3.2. Fundamento de la detención para identificación .....	259
9.3.3. Identificación en relación con un hecho punible .....	259
<b>II. 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), por Jordi Bonet Pérez .....</b>	261
1. Introducción.....	261
2. Los malos tratos al detenido y su incidencia en el proceso penal: delimitación de los términos del debate jurídico ante el TEDH en el <i>asunto Gäfgen contra Alemania</i> .....	263
2.1. El supuesto de hecho planteado en el <i>asunto Gäfgen contra Alemania</i> .....	263
2.2. La calificación jurídica del trato recibido conforme al art. 3 CEDH.....	266
3. El derecho a un juicio equitativo en el sentido del art. 6.1 CEDH: la admisión de la prueba en el proceso penal y los tratos inhumanos durante la investigación policial .....	269
3.1. Los principios generales aplicables a la idoneidad de la prueba respecto a las exigencias del derecho a un juicio equitativo del art. 6.1 CEDH en la jurisprudencia del TEDH .....	273
3.2. La aplicabilidad de los principios generales sobre la idoneidad de la prueba en el <i>asunto Gäfgen contra Alemania</i> .....	274
4. Reflexiones sobre la posición del TEDH en el <i>asunto Gäfgen contra Alemania</i> : derechos reconocidos en términos absolutos y técnica jurídico-penal.....	277
4.1. El valor probatorio de las pruebas materiales obtenidas indirectamente mediante tratos inhumanos en el <i>asunto Gäfgen contra Alemania</i> .....	277
4.2. La valoración político-jurídica de los razonamientos de la Gran Sala del TEDH.....	279
4.3. El balance de intereses efectuado por la Gran Sala del TEDH a reexamen .....	282
5. Consideraciones finales.....	285
<b>III. CONSTITUCIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE LA PENA, por Sergi Cardenal Montraveta.....</b>	287
1. Introducción.....	287



	<u>Pág.</u>
2. El principio de legalidad como límite a la admisión de causas de suspensión y/o interrupción del cómputo del «tiempo de prescripción de la pena» .....	297
2.1. El tenor literal del art. 134 CP y su interpretación.....	297
2.2. La STC 97/2010, de 15 de noviembre, y sus efectos.....	304
2.3. La STS 450/2012, de 24 de mayo, y la Consulta 1/2012 de la Fiscalía General del Estado.....	318
3. El fundamento de la prescripción de la pena en la legislación vigente .....	321