

PRÓLOGO DE NICOLÁS GARCÍA RIVAS

Debo comenzar este prólogo con una confesión: me resulta ya no difícil, sino imposible mantener la distancia respecto a la obra para elaborar este proemio. Hace veinte años que coincidí con Fabián Riquert en un magnífico máster en Derecho Penal organizado por la Universidad de Salamanca en su Mar del Plata y desde entonces no hemos dejado de vernos, de “frecuentarnos”, aquí y allá (a ambos lados del océano Atlántico). Pero es que, además, nuestra relación no ha sido solo académica —lo cual estaría muy bien—, sino de amistad muy entrañable —lo cual está infinitamente mejor—. Tanto Fabián como Marcelo Riquert son como esos “hermanos del otro lado” con los que me encuentro en ambiente familiar ya sea en Madrid, Albacete, Valencia, Cádiz, Mar del Plata, Buenos Aires o San Petersburgo. Una larga lista de encuentros en los que su natural bonhomía cubre los espacios que deja mi carácter; doy fe.

Pero esta confesión no va a evitar que me remangue imaginariamente para discutir con Fabián sobre su extraordinario libro y también sobre aquellas cuestiones que, dentro de él, no suscitan mi consenso. Extraordinario porque su doble orientación científica hacia el derecho constitucional y hacia el derecho penal (sustantivo y procesal) lo dotan de una visión privilegiada para observar cómo se comportan los escenarios jurídicos en un mundo dinámico y en conflicto permanente. Me refiero sobre todo a la imperiosa necesidad de analizar el derecho penal en un sistema normativo multinivel que teje su textura no solo mediante los mimbres del poder legislativo nacional, sino echando mano de la configuración garantista que ofrece la inserción de Argentina en un sistema internacional de protección de derechos humanos (Corte IDH). Por lo demás, en una especie de estrato intermedio, la propia Carta Magna nacional debe dilucidar su contenido último en diálogo con ese mismo sistema internacional y aun todavía con un sistema regional de marcado carácter económico pero que incide también en materias propiamente penales: Mercosur. Y esta multivisión que ofrece la obra no es nada fácil, exige un dominio de las herramientas jurídicas indicadas para cada sector que no es nada frecuente en el

ámbito científico. Si, encima, quien firma la obra ejerce como magistrado del orden penal, con altas responsabilidades sociales en ese sector, el dominio es apabullante.

La parte que dedica Fabián Riquert al análisis de la legalidad penal me resulta sumamente cercana. Hace casi treinta años (1992), analicé el principio de determinación (o taxatividad) desde un enfoque material vinculado a los postulados de la moderna hermenéutica jurídica (Esser, Perelman, Hassemer), para demostrar que la interpretación y aplicación de la ley forma parte del derecho fundamental a la legalidad penal y, por ello, es susceptible de recurso de amparo, algo que por aquel entonces se negaba sistemáticamente aduciendo la vieja distinción entre “cuestiones de relevancia constitucional” y “cuestiones de mera legalidad ordinaria”, como si esta no afectara en el ámbito penal a un derecho fundamental: el principio de legalidad. La sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, del 25 de marzo, me dio la razón y desde entonces nadie duda de que esa tarea “manipuladora de la ley” (en el buen sentido de la expresión, aunque quizá también en el malo) debe ser controlada por el Alto Tribunal de garantías. Fabián Riquert sigue esa misma inspiración y señala los límites constitucionales que naturalmente debe tener la interpretación “estricta” de la ley penal, partiendo de una base que me parece esencial: “las resoluciones de la Asamblea Nacional son los únicos actos que pueden llevar el nombre de ley”, afirmación que —lejos de ser una simple perogrullada— esconde tras de sí la esencia política del principio de legalidad, es decir, la división de poderes, que solo concede “garantía de legitimidad” a los actos emanados de la Asamblea y no a las decisiones de los jueces, poder sospechoso de arbitrariedad, como sostuvo en su magnífica obra sobre *El derecho penal de la monarquía absoluta* Francisco Tomás y Valiente. Y junto a esa garantía se alza otra, “de seguridad jurídica”, que en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cada vez tiene mayor importancia, pues los conflictos relativos a la legalidad penal con frecuencia se dilucidan bajo el criterio de la “previsibilidad de las consecuencias jurídicas”, que el Estado debe garantizar al ciudadano. El autor recoge aquí las palabras del maestro Zaffaroni, que expresan la idea de un derecho necesariamente fragmentario, cuyo archipiélago normativo debe mantener su discontinuidad so pena de invadir los derechos civiles, al expandirse mediante la analogía.

A partir de ahí, la posición de Fabián Riquert respecto a la prescripción del delito es distinta a la mía. Él comparte con Meini la idea de que “la prescripción de la acción penal encuentra su razón de ser en consideraciones político criminales orientadas a evitar el colapso del sistema penal con más casos de los que puede resolver. Nada tiene que ver con el fin de la pena, ni con razones procesales, ni con la seguridad jurídica”. Discrepo cordialmente de mi colega: creo que la prescripción sí está ligada esencialmente a la seguridad jurídica. Comparto por ello la posición que mantienen autores como Roxin, Bustos y Hormazábal, Mir Puig o Muñoz Conde: la prescripción es una institución de derecho material (no solo procesal) e implica la imposibilidad de modificar sus plazos en perjuicio del ciudadano, justamente por-

que se halla en la órbita de la legalidad penal. Creo que la famosa frase de von Liszt: “El derecho penal es la Magna Carta del delincuente” (trasunto de esta otra: “El derecho penal es la barrera de la política criminal”)—que Riquert hace suya— apela a la necesidad de reconocer límites a la persecución penal incluso si con ello se producen “lagunas” de punibilidad tan relevantes como la falta de persecución de graves crímenes. No creo que la pretensión punitiva deba estar por encima de la seguridad jurídica.

Ahora bien, esta posición parte de la base de un ordenamiento jurídico democrático no autocrático, autoritario, dictatorial o como se quiera denominar. En caso contrario, un sistema que decreta la prescripción rápida de crímenes de lesa humanidad o de crímenes de otra clase cometidos desde el poder no merece ningún respeto internacional y, por lo tanto—sigo aquí fielmente la opinión de Riquert—, persistiría un derecho de intervención, pero basado en esa condena internacional y no en el carácter meramente formal de la prescripción penal. Las “órdenes de intervención” emitidas por la Corte IDH para reformar la legislación penal me parecen, por ello, plenamente asumibles; no tanto la dilapidación de las normas internas sobre prescripción, con carácter general, pues habría que analizar los distintos supuestos por si hubiera una “cesación de protección de los derechos de las víctimas” que justificase la “orden” de la Corte IDH de eludir la prescripción espuria y persistir en la investigación de la causa.

Finalmente, comparto por completo su idea de reorientar la competencia sobre constitucionalidad de las leyes. Creo que en un Estado democrático moderno—en aras de la seguridad jurídica—, dicha competencia debe estar concentrada en un órgano especializado (Corte Suprema o, como admite Riquert, una Sala dentro de ella) y no conferida de manera difusa a los distintos órganos judiciales.

Termino ya. Ojalá que la amistad que me une a Fabián Riquert no prescriba nunca y se me permita tratar muchos años a su encantadora Andrea y a sus hijos—Augusto y Uma—, que comparten conmigo desde hace unos años la condición de españoles, de ascendencia leonesa. Pero si compartimos “patria” no es precisamente esta piel de toro que se desgarró últimamente, sino la que se forja a base de profundizar en el cariño y la amistad, sea donde fuere.

NICOLÁS GARCÍA RIVAS

Albacete, 11 de junio de 2020