

30

S. PRAEVIDE ET PRO

Revista

Julio 2012

30

Revista Pendl

Pendl

Julio 2012



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 30

Sumario

Doctrina

– Protección de Derechos Humanos e internacionalización del derecho penal, por <i>Kai Ambos</i>	3
– Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal, por <i>Pablo Galain Palermo</i>	13
– Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE, por <i>María Marta González Tascón</i>	35
– Prensa y garantías penales: Consideraciones a partir del análisis mediático de un delito violento, por <i>María Jesús Guardiola Lago</i>	60
– La reforma de la legítima defensa en Italia: El derecho a la autotutela del domicilio familiar, por <i>Vincenzo Militello</i>	84
– Las relaciones entre Poder Legislativo y Poder Judicial en las últimas reformas del Código Penal Español, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	104
– La libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces. Análisis de la libertad de imprenta en la Constitución de 1812 y el Código Penal de 1822, por <i>Rafael Rebollo Vargas</i>	118
– Una discusión rancia para la época: responsabilidad penal de las personas jurídicas sí o no. La realidad Argentina, por <i>Marcelo Pablo Vázquez</i>	134
– Derechos Humanos y medio ambiente en el Tribunal europeo de Derechos Humanos: Breves notas para el futuro contexto internacional, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	146
– Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales, por <i>Caty Vidales Rodríguez</i>	158
– Dogmática penal, Teoría del delito y Teoría del caso: una visión integradora, por <i>Manuel Vidaurri Aréchiga</i>	168
– Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género, por <i>Carolina Villacampa Estiarte</i>	177
Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal (2009-2012)	217
Bibliografía: por <i>Francisco Muñoz Conde</i> y <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	285



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Fábio Ramazzini Bechara (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Baris Erman (Turquía)
Olmo Artale y Nicola Santi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga y J. Jesús Soriano Flores (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Las relaciones entre Poder Legislativo y Poder Judicial en las últimas reformas del Código Penal Español

Francisco Muñoz Conde

Revista Penal, n.º 30. - Julio 2012

Ficha técnica

Autor: Francisco Muñoz Conde

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España).

Abstract: In the Continental system of Criminal Law according to the principle of legality the role played by courts should consist only in the interpretation and application of the legal rules, not in the creation of new crimes or the nullification of the earlier ones created by the Parliament. Recently the Spanish Parliament on the basis of the creation of new crimes in the fields of gender violence and sexual crimes, and as well by fixing legal limits to speed and the influence of drinks by driving a motor vehicle and with a new regulation of suspension and interruption of terms of prosecution of crimes, try to limit the power of the courts by the interpretation of legal rules and to avoid a judicial making criminal law over the legal making criminal law.

Key words: Principle of legality - Spanish Parliament - Power of the courts - New crimes -

Resumen: En el Derecho penal continental el principio de legalidad determina que el papel del poder judicial se limite a la interpretación y aplicación de los preceptos legales emanados del poder legislativo, y no puede crear nuevos delitos ni derogar los ya existentes. Recientemente, el legislador español con la creación de nuevos tipos delictivos en materia de violencia de género, y delitos sexuales, así como con la fijación de límites de velocidad y de ingestión de alcohol en la conducción de un vehículo de motor y una nueva regulación de la suspensión e interrupción de los plazos de prescripción del delito, intenta limitar el poder de los jueces en la interpretación de los preceptos legales e incluso impedir la formación de un derecho penal judicial superpuesto o incluso contrario al Derecho penal legal.

Palabras clave: Principio de legalidad - Legislador español - Poder de los jueces - Nuevos tipos delictivos

Recepción del artículo: 05-03-2012.

Evaluación favorable: 20-03-2012.

Una de las particularidades de las reformas penales habidas en estos últimos años en España, sobre la que, a mi juicio, todavía no se ha llamado suficientemente la atención, es el cambio de paradigma que se ha producido en las *relaciones entre el poder legislativo-ejecutivo y el judicial*. Este cambio de paradigma también se ha reflejado en muchas cuestiones que nada tienen que ver con el Derecho penal, pero es en las reformas penales donde mejor se puede ver con especial claridad.

El principio de legalidad de los delitos y las penas que recoge expresamente el art. 25, 1 de la Constitu-

ción y los primeros artículos (1 a 4) del Título Preliminar del Código penal de 1995 es sobre todo un mandato dirigido al Juez, para que éste se abstenga de aplicar otra cosa que no sea la Ley, y no la sustituya por su personal criterio de Justicia. Dentro del esquema de la división de poderes que propuso Montesquieu, al Juez, al Poder judicial sólo le corresponde la tarea de aplicar la Ley, y si ésta no prevé un hecho como delito, o, por ejemplo, los plazos de prescripción previstos para el delito en el momento en que se cometió han transcurrido claramente, el Juez tiene que abstenerse de iniciar

cualquier procedimiento, por más que le repugne la impunidad o considere que el hecho debería ser objeto de sanción.

Del principio de legalidad de los delitos y las penas se deriva sobre todo la *prohibición de la analogía* en la aplicación de las leyes penales. Ciertamente, en la fase judicial es difícil distinguir entre la interpretación de la ley, que se mueve dentro del sentido literal posible de los términos legales, y la analogía, que se salta ese sentido literal posible de la ley para aplicarla a casos similares a los previstos en la misma, pero que no entran dentro de sus previsiones¹. Al ejemplo clásico que se dio cuando los Tribunales de Justicia de muchos países incluyeron en el delito de hurto la utilización ilícita de la energía eléctrica, se añaden hoy los casos derivados del empleo de *nuevas tecnologías*, especialmente las derivadas de Internet, para cometer delitos contra la intimidad o la propiedad con ataques (hackers, introducción de virus, etc.) que difícilmente se pueden incluir en las definiciones tradicionales de los delitos ya existentes. El primer problema interpretativo de esta clase surgió cuando comenzaron a utilizarse tarjetas plastificadas o la captación de claves numéricas para acceder a cajeros automáticos. ¿Era simple hurto o robo con fuerza en las cosas por utilización de llaves falsas? El legislador español de 1995 resolvió claramente el problema al incluir expresamente en el art. 238, 3º, y por tanto calificar como robo en fuerza en las cosas en la modalidad de forzamiento de cerradura el descubrimiento de sus claves; y en el art. 239, párrafo último considerar como llave falsa las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar. Pero aún quedaba por resolver el problema si la consecución de una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial a través de alguna manipulación in-

formática podía incluirse entre las estafas, dado que la definición tradicional de ésta, recogida en el art. 248, 1, requiere que el engaño se dirija a una persona, no a una máquina. De nuevo el legislador ha dado aquí una respuesta, que por vía interpretativa, doctrinal o jurisprudencial, del concepto tradicional de estafa hubiera sido problemática, al incluir esta modalidad de fraude informático en el art. 248, 2 a) que dice que también se consideran reos de estafa: «Los que con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro». Demasiado lejos ha ido, a mi juicio, la reforma del 2003 (Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre), al introducir también dentro del delito de estafa una nueva tipicidad que castiga con las mismas penas que el delito de estafa consumado la posesión de programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de estafas (art. 248, 2, b).

Lo que en todo esto queda claro, es que el legislador de hoy en día, consciente de las lagunas que el empleo de las nuevas tecnologías puede suscitar, se está esforzando por introducir en las leyes penales nuevas tipicidades delictivas, en casos como el acceso al correo y datos de terceras personas por los llamados *hackers*, el sabotaje informático o la utilización de Internet para cometer fraudes económicos. Para colmar estas lagunas, difícilmente solucionables con una mera interpretación de los preceptos existentes en el Código penal, la reforma del Código penal español operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha introducido nuevos tipos de delitos como el acceso a datos y sistemas informáticos (art. 197, 3), y el sabotaje informático (art. 264)².

Pero independientemente de estas soluciones legislativas dadas a la utilización de nuevas tecnologías para la

1 Sobre las diferencias entre interpretación y analogía y las dificultades existentes para delimitar una y otra forma de aplicación de la Ley penal, me remito a las interesantes consideraciones que hace al respecto HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona 1984, p. 332 ss.

2 Sobre estas nuevas tipicidades, véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial* 18. ed., Valencia 2010, p. 277, 430 y 479 y s. Hasta qué punto estas nuevas tipicidades delictivas o, en algunos casos, expresa mención de nuevas formas de comisión de delitos tradicionales eran lagunas de punibilidad difícilmente solucionables por vía interpretativa o jurisprudencial, sin intervención legislativa, es algo que no puede ser valorado sin conocer la evolución que se operado en esta materia a través de los cambios de orientación jurisprudenciales que se han dado en estos últimos años. A veces la reforma legislativa era necesaria, pero otras veces la jurisprudencia habría encontrado soluciones dentro del derecho vigente en aquel momento y sin quebrantar el sentido literal posible de los preceptos legales. Sobre esta evolución se pueden consultar las diversas ediciones que han tenido las obras generales, Manuales o Tratados especialmente en el ámbito de la Parte especial anteriores al Código penal de 1995 y luego en las más de veinte reformas que ha sufrido éste desde su entrada en vigor el 24 de mayo de 1996 hasta la reforma del 2010. En este sentido, y por vía de ejemplo, me remito a las diversas ediciones de mi *Derecho penal, Parte especial*, que apareció por primera vez en 1975, en los últimos estertores de la dictadura franquista, y que luego tuvo que ser revisada y actualizada con la primeras reformas de la transición democrática y de los diversas etapas políticas hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995; y las posteriores reformas introducidas en éste hasta la última de 2010 (18ª ed., Valencia 2010). Graves

realización de hechos delictivos, en las últimas reformas penales habidas en España, se está observando un fenómeno curioso, provocado por la desconfianza que tiene el legislador en la posibilidad de que los Jueces haga una interpretación de las leyes penales que no se corresponda con la que el legislador piensa o quiere. Igual que sucedió en los primeros Códigos penales que pretendían controlar el arbitrio judicial haciendo que los Jueces no fueran otra cosa que, como decía Montesquieu, «la boca que pronuncia las palabras de la ley», a través de leyes casuísticas con marcos penales muy estrechos, el actual legislador piensa que no se puede fiar demasiado de la capacidad de los Jueces para adaptar a través de su interpretación la leyes penales a la realidad actual, y que éstos, a diferencia de lo que hicieron a principios del siglo XX considerando como hurto la utilización indebida de energía eléctrica, se aferren al estricto tenor literal legal y dejen impunes hechos que con una interpretación extensiva (a veces rayana en la analogía) podrían incluirse en el precepto penal correspondiente.

Así, sucedió, por ejemplo, con la interpretación estrictamente literal del Tribunal Supremo español que tras una reforma del delito de violación que consideraba como tal la introducción de objetos en las cavidades vaginal o anal, consideró reiteradamente que la introducción de dedos en la citadas cavidades no constituían este delito (cfr., por ejemplo, STS 14 febrero 1994). Ello obligó al legislador, en la reforma del Código penal del 2003, a mencionar expresamente en el art. 179 del Código penal junto a la introducción de objetos también la de «miembros corporales, con lo que queda claro la equiparación valorativa entre ambas formas de conductas, que la interpretación excesivamente literal del TS había rechazado»³.

Y aunque por razones distintas, o, en todo caso, para evitar interpretaciones demasiado literales, en la refor-

ma del Código penal español realizada en el 2003 se introdujo expresamente en el art. 149, 2, la «mutilación genital» como mutilación de órgano principal, aunque, a mi juicio, no hay ninguna duda de que, por ejemplo, la ablación del clítoris, que es el supuesto que está en el origen de esta reforma, puede estimarse tal con una mera interpretación literal del concepto de «órgano principal»⁴.

Aún más claramente se ve este afán legislativo en restringir, por ejemplo, la discrecionalidad judicial en la valoración de las pruebas, en la reforma de los delitos contra la seguridad vial operada por LO 15/2007, de 30 noviembre. Frente a una jurisprudencia que con los mismos índices de alcoholemia o de conducción con excesiva velocidad, unas veces apreciaba, teniendo en cuenta otras circunstancias, la existencia de un delito contra la seguridad vial y otras no⁵, la citada reforma estableció *ope legis*, en el art. 379, 1 que conducir un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o a ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, constituye un delito de conducción temeraria. Y lo mismo hizo respecto a la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, estableciendo que existe el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas cuando la tasa de alcohol en aire aspirado fuese superior a 0.60 miligramos por litro, o en sangre superior a 1, 2 gramos por litro⁶.

Esta tendencia legislativa se ha dado de una forma bastante generalizada en reformas, en las que muchas veces, con el afán de evitar lagunas punitivas, se han introducido «nuevos» delitos que tipifican conductas que con una interpretación de los tipos ya existentes podrían igualmente haberse castigado. Así, por ejemplo, sucede con el delito de administración desleal societaria (art. 295) introducido en el Código penal de

problemas plantea también el empleo de nuevas tecnologías como medio de prueba en el proceso penal, ya puestas de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 3 de marzo del 2004, que, con el voto en contra de dos Magistradas, admitió la constitucionalidad de las llamadas «Grosse Lauschangriffe», es decir, de las grandes escuchas de las conversaciones privadas en domicilios particulares, si bien someténdolas a estricto control judicial y sólo en caso de delitos graves; sobre esta sentencia y en general sobre la utilización de medios audiovisuales, grabaciones de conversaciones telefónicas, y privadas en el domicilio de particulares, etc., véase MUÑOZ CONDE, La valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal, 2.ª ed. Buenos Aires 2007, p. 55 ss.; El mismo, De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo, Buenos Aires 2008 (también publicadas en forma de artículo en Revista Penal, en los volúmenes correspondientes a los años 2004 y 2009). Véase también infra nota 14.

3 Sobre la interpretación jurisprudencial anterior a la reforma del 2003, véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial cit., p. 227 y s.

4 No cabe duda de que en esta reforma tuvieron un peso decisivo las reivindicaciones feministas, pero también la realidad de que tales prácticas se realizaban con las hijas de las familias emigrantes procedentes de África central. Sobre esta reforma, véase MUÑOZ CONDE, Parte especial cit., p. 116.

5 Véase al respecto MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte especial, cit., 16. ed., Valencia 2005, p. 673 ss.

6 Sobre esta reforma véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte especial cit. 18. ed. 2007, p. 702 ss.

1995, y que, en el fondo, coincide con el delito ya existente anteriormente de apropiación indebida: o con el delito introducido en la reforma del 2010 de la estafa de inversores (art. 282 bis), que igualmente podría, a mi juicio, castigarse como una estafa común. El problema que plantean estas tipicidades es que, además de las dificultades interpretativas que suscitan para distinguirlas de las tipicidades tradicionales de apropiación indebida y estafa, es que dan la impresión de que estas conductas antes de su tipificación expresa no eran constitutivas de delitos⁷.

Obviamente, este control excesivo del poder judicial por parte del poder legislativo está influenciado por campañas mediáticas que presionan sobre el legislador para que tipifique expresamente (casi con nombres y apellidos de los responsables) hechos que han tenido gran repercusión y ha provocado y provocan alarma social. Esto es lo que explica que, por ejemplo, en los últimos tiempos, por la presión también de los *movimientos feministas*, se hayan hecho reformas en relación con la violencia de género, que de un modo discutible discriminan positivamente a la mujer como sujeto pasivo de la misma, y obligan al juez a calificar como delito y castigar con pena de prisión las amenazas y coacciones *leves*, que cuando no tienen como sujeto pasivo a la mujer, se califican como faltas y no tienen pena de prisión⁸. Las mismas presiones feministas provocaron también la introducción del acoso o el hostigamiento sexual, ampliando el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, más allá de los ataques en los que se utilizara la violencia o la intimidación⁹. También otras formas de perturbación de la libertad y la

tranquilidad en las manifestaciones de la vida cotidiana por conductas no directamente intimidatorias o violentas, sino molestas, han llevado a criminalizar el acoso en otros ámbitos como el laboral (el llamado *mobbing*) (art. 173.1) y el inmobiliario (art. 172, 1). Una extraña mezcla de la tendencia a la expansión del Derecho penal en relación con el empleo de las nuevas tecnologías la representa en el ámbito de la indemnidad sexual de los menores el art. 183 bis introducido en la reforma del 2010, al castigar con pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, al que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos de agresión o abuso sexual o de utilización en exhibición pornográfica. Pero el hecho en sí no es delito, o por lo menos no este delito, si, como exige el mismo precepto, no va acompañado «de actos materiales encaminados al acercamiento», lo que, por lo menos en lo que se refiere a la finalidad de utilizar al menor para espectáculos exhibicionistas o pornográficos, entra en contradicción con el delito de «captación de menores» (y no sólo de menores de trece años) para espectáculos exhibicionistas o pornográficos que se tipifica en el art. 189, 1, a), al que, sin ningún tipo de exigencia de acercamiento posterior a la captación, se asigna una pena de prisión de uno a cinco años¹⁰.

El efecto de esta expansión e intensificación del Derecho penal a nivel legislativo y las distorsiones e incongruencias punitivas que muchas veces suscita, pueden tener, sin embargo, repercusiones negativas

7 Sobre ello véase MUÑOZ CONDE, Parte especial cit., p. 512 s., 544 ss.

8 Cfr., entre otros arts. 171, 4 y 5, y 172, 2, del Código penal. Ciertamente, estos preceptos prevén también que «el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado», pero eso sólo lo puede hacer desde la previa calificación del hecho como delito, a la que está obligado cuando se den los elementos de estas tipicidades especiales. La introducción de estas y otras importantes modificaciones no sólo en el ámbito penal, sino en otras ramas del Derecho, fueron introducidas por la Ley Orgánica 1/2004, que después ha suscitado, en relación con la discriminación positiva en favor de la mujer, algunos recursos de inconstitucionalidad presentados directamente por algunos Jueces que han sido rechazados por el Tribunal Constitucional (véase STC 59/2008, de 14 mayo). No obstante, e independientemente de la conformidad a la Constitución de esta nueva regulación de la violencia de género, durante los siete años que lleva de vigencia esta reforma, y a pesar de que se ha producido un gran incremento de la persecución penal de la violencia de género, no parece que haya disminuido la misma, y el número de mujeres asesinadas a manos de sus parejas se mantiene en una cifra media de unos sesenta o setenta asesinatos registrados cada año. Sobre esta regulación véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte especial, p. 189 ss., con ulterior bibliografía

9 Sobre este delito véase MUÑOZ CONDE, Parte especial cit., p. 241 ss.

10 No entro ahora en otros temas, como las dificultades que puede darse en la imputación a título de dolo respecto al conocimiento de la edad del menor, cuando ni siquiera se ha entrado en contacto físico con él; o, en el caso del delito de «captación», que la captación se realice con un menor a punto de cumplir los dieciocho años, pero para que realice los actos de exhibicionismo o pornografía cuando haya cumplido ya los dieciocho. Sobre los problemas y dificultades interpretativas que plantean las nuevas tipicidades introducidas en esta materia en el Código penal español por la reforma del 2010, véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte especial cit., p. 188; también El mismo, Diversas modalidades de acoso punible en el Código penal, en «El acoso: tratamiento penal y procesal», María Isabel MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), Valencia 2011, p. 15 ss.; y, más detenidamente, MENDOZA CALDERÓN, El Derecho penal frente al acoso a menores, Valencia, 2012.

en el ámbito judicial, ya que muchos Jueces, bien por dificultades de prueba, bien por parecerles excesiva la respuesta penal, absuelvan o sigan aplicando los tipos tradicionales, ignorando olímpicamente los nuevos, lo que ciertamente puede convertir estas reformas en «papel mojado» o en un típico ejemplo de un «Derecho penal simbólico» puramente electoralista sin ninguna influencia en la realidad penal¹¹.

Esta actitud de resistencia o incluso de clara rebeldía, por exceso o por defecto, del poder judicial a la aplicación de estas nuevas normas, por una parte, y el excesivo afán del poder legislativo por imponer criterios que limiten la discrecionalidad judicial en la interpretación de las normas, por otra, reflejan las tensiones que se han venido produciendo en los últimos años en España entre los dos poderes que más inciden en el Derecho penal. El desequilibrio o el desacuerdo entre ambos puede ser ciertamente una causa de la ineficacia del Derecho penal, pero también, como seguidamente vamos a ver con el ejemplo de la prescripción, un dato a tener en cuenta para analizar el papel que tiene el poder judicial en la configuración de la Política criminal de un país en un momento histórico determinado.

La interpretación de los límites de la prescripción como ejemplo de discordancia entre el poder legislativo y el judicial

Un ejemplo de esta tensión dialéctica está relacionado con una cuestión aparentemente sólo técnica, pero de gran relevancia práctica, como es el cómputo de los plazos de prescripción, tanto en lo que se refiere a la posible aplicación con efecto retroactivo de la ampliación de dichos plazos o declaración de imprescriptibilidad de algunos delitos (a), como también en lo que se refiere a la interrupción del cómputo de los plazos (b), materias ambas, que junto con la discrepancia entre los diferentes plazos de prescripción de la deuda tributaria

y del delito fiscal (c) han sido objeto de las reformas introducidas en el Código penal español en 2010.

a) La aplicación retroactiva de la ampliación de los plazos de prescripción o de la declaración de imprescriptibilidad de algunos delitos.

Antes de entrar en la exposición de este problema conviene recordar que la seguridad y certeza jurídicas exigen que la ley sólo pueda aplicarse a los hechos que se cometan a partir de la entrada en vigor de esa ley. Esto es lo que se llama *prohibición de retroactividad de las leyes penales*, en la medida en que tipifiquen nuevos delitos o agraven la pena de los ya existentes, es decir en la medida en que sean perjudiciales o restrinjan derechos ya adquiridos¹². Es importante recalcar este principio, porque es frecuente que determinados sucesos que producen gran alarma social impulsen al legislador a crear nuevas figuras delictivas o a incrementar la gravedad de las penas ya existentes. Pero este recurso, movido muchas veces por razones electoralistas para conseguir la simpatía o aquietar la indignación popular, sólo puede tener efecto para los hechos que se cometan a partir del momento de la entrada en vigor de las nuevas leyes, no respecto a los que se hayan cometido antes, por más que sean estos los que hayan motivado la creación de las nuevas leyes.

Y todo esto que es una verdad de Perogrullo para cualquier jurista o ciudadano con un conocimiento elemental de las reglas jurídicas, debe dejarse muy claro al pueblo y no darle a entender que lo que motivó la creación de esas leyes penales puede ser juzgado y condenado ahora en base a las mismas.

Y hay que insistir en ello, incluso cuando se trata de ampliar con efecto retroactivo los plazos de prescripción de algunos delitos graves para juzgar hechos que se cometieron en el pasado cuando los plazos de prescripción eran otros y ya se han sobrepasado.

Razones de seguridad jurídica avalan también, a mi juicio, la prohibición de retroactividad de nuevos pla-

11 Otro claro ejemplo de discrepancia entre el poder judicial y el legislativo, aunque en un ámbito distinto, ha dado lugar a la reforma del núm. 4 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, operada por LO 1/2009, de 3 noviembre, por la que se restringe el ámbito de competencias de la Jurisdicción española, en relación con la aplicación del principio de Justicia universal, consagrado en dicho artículo, evitando así que la Justicia española (o mejor dicho, la Audiencia Nacional) se convierta en una especie de Tribunal internacional para juzgar cualesquiera de los delitos mencionados en dicho artículo, pero sobre todo los de Genocidio y Lesa Humanidad, cometidos por extranjeros fuera del territorio nacional, exigiendo, entre otros requisitos, que se de «un vínculo de conexión relevante con España». Sobre el alcance de esta reforma, véase Isidoro BLANCO CORDERO, Sobre la muerte de la jurisdicción universal, en Revista de Derecho penal, núm. 12, 2009).

12 Este principio se encuentra recogido de un modo general en el art. 9, 3 de la Constitución española: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

zos de prescripción que alarguen los que regían en el momento en que se cometieron los hechos, para poder juzgar esos hechos conforme a los nuevos plazos.

¿Qué duda cabe que la impunidad en que quedaron muchas atrocidades cometidas en el pasado choca con el sentimiento elemental de Justicia, sobre todo cuando se trata de Genocidios y Crímenes contra la Humanidad?

Personalmente, me parece bien que se declaren imprescriptibles, tal como se hace ahora en el Estatuto de Roma¹³ que dio origen a la creación de la Corte Penal Internacional, pero esta no prescripción de los delitos que son competencia de este tribunal sólo puede aplicarse, en mi opinión, a los hechos que se cometan a partir de su entrada en vigor.

Y si esto es válido respecto a los Crímenes internacionales a juzgar por un Tribunal Internacional, con mucho mayor énfasis lo es respecto a los delitos en el ámbito nacional que deben ser juzgados por un Tribunal nacional, Por supuesto, que hubiera sido un acto elemental de justicia que el General Franco y sus cómplices en el Golpe de Estado del 18 de julio de 1936 hubieran sido juzgados y condenados por los hechos que se cometieron entonces o en las posterior etapa durante

la larga dictadura; pero ello sólo sería posible en este momento si, además de que sus responsables vivieran y tuvieran capacidad para ser juzgados, los plazos de prescripción que había entonces para este tipo de delitos (rebelión, delitos contra la forma de gobierno, asesinatos, detenciones ilegales, etc.¹⁴) no hubieran transcurridos. Y lo mismo mantengo respecto a los crímenes cometidos por los nazis contra los judíos, por los turcos contra los armenios, o por cualquier grupo criminal estatal o paraestatal que hubiera cometido delitos similares en cualquier parte del mundo en épocas en las que los plazos de prescripción vigentes en el momento en que se cometieron los hechos hayan ya transcurridos en el momento actual, por más que algunos de ellos han sido declarados imprescriptibles después, bien sea por Convenios internacionales o por reformas nacionales.

Desde luego no parece convincente el argumento de que los plazos de prescripción pueden ampliarse y aplicarse retroactivamente a hechos cometidos antes de esa ampliación alegando que se trata de una institución procesal que sólo afecta a la perseguibilidad del delito, pero no a su contenido material de ilicitud. Este argumento que fue utilizado por los juristas alemanes en los años sesenta del pasado siglo para poder perseguir a los

13 El art. 29 del Estatuto de Roma dice expresamente que «Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán», pero no dice que esta no prescripción pueda aplicarse con efectos retroactivos a los delitos que se hayan cometido antes de su entrada en vigor, y desde luego en ningún caso existe en el Derecho penal español una disposición que admita expresamente la aplicación retroactiva de esta no prescripción (cfr. texto del art. 9, 32, de la Constitución española, en nota anterior)

14 Ciertamente, muchos de estos delitos, sobre todo por lo que se refiere a la forma sistemática en que fueron ejecutados para eliminar físicamente a los partidarios del Gobierno legítimo de la República, podrían hoy calificarse al menos como Crímenes contra la Humanidad, pero ésta tipicidad ha sido una creación reciente de los Tribunales internacionales a partir de los Juicios de Nuremberg y mucho más tarde ha sido acogida en el Estatuto de Roma (Véase WERLE, Tratado de Derecho penal internacional, 2.ª ed., Valencia 2011, p. 462 ss.). En el Derecho español estos delitos fueron introducidos, tras la ratificación del Estatuto de Roma, en el Código penal español en la reforma del 2003 (art. 607 bis) (véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte especial, 18. ed., Valencia 2010, p. 780 s). Difícilmente puede, por tanto, aplicarse esta calificación a hechos que se cometieron muchos años antes, aunque luego en su moderna tipificación como delitos lesa humanidad se hayan declarado imprescriptibles (véase, por ejemplo, art. 131, 4 del Código penal español). No entro ahora a comentar la Sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de febrero del 2012, por la que se absuelve al Magistrado de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, del delito de prevaricación judicial, por el que fue acusado por un grupo de extrema derecha vinculado a la ideología franquista, basándose en que la apertura de un proceso penal contra personas ya fallecidas, por hechos ya prescritos conforme a la legislación vigente en el momento en que se cometieron los hechos y sobre todo tras haberse aprobado en la transición política de la dictadura a la democracia en 1978 una Ley de Amnistía, constituirían un delito de prevaricación. La mencionada sentencia rechaza esta calificación de la conducta del Juez, aunque señala que él mismo hizo una interpretación errónea de las normas aplicables al caso, por cuanto dicho proceso era inviable tanto por haber ya fallecido los presuntos responsables de los mismo, como por aplicación de una Ley de amnistía (véase, sin embargo, el voto particular de uno de los Magistrados del Supremo a favor de la condena). Evidentemente, el que un juez pueda hacer una interpretación errónea de la ley no quiere decir por eso que exista un delito de prevaricación, sobre todo cuando esa interpretación no conculca principios elementales de justicia o viola derechos humanos. Sin embargo, pocos días antes (13 febrero 2012) el mismo Tribunal Supremo, si bien con diferentes Magistrados, condenó al citado Juez a once años de inhabilitación por un delito prevaricación judicial al haber autorizado a grabar conversaciones entre abogados y sus clientes acusados de delitos económicos y de corrupción, grabaciones que sólo en caso de terrorismo están expresamente autorizadas por ley. El argumento de la defensa del Juez de que dichas grabaciones se hicieron para evitar la continuidad en la realización de delitos de blanqueo de capitales en los que supuestamente habrían cooperado los abogados con sus clientes, no fue aceptado como razón suficiente por el Tribunal Supremo para absolverlo del delito de prevaricación judicial. A este respecto es interesante destacar, sin embargo, que el art. 4. 1 del Anteproyecto de Ley orgánica sobre los derechos fundamentales en el proceso penal (noviembre 2011) dice: «La interceptación no podrá extenderse a las comunicaciones que mantenga la persona investigada con el abogado encargado de su defensa, salvo cuando existan indicios de su participación en el delito

criminales nazis después de haberse cumplido los plazos de prescripción vigentes cuando se cometieron los hechos¹⁵, es un argumento puramente formalista, que desatiende las razones que fundamentan la prohibición de retroactividad: El que no pueden aplicarse retroactivamente las leyes que perjudican o restringen los derechos adquiridos conforme a las leyes anteriores, tal como dispone, de un modo general y no sólo para las leyes penales, el art. 9, 3 de la Constitución española. Si, por ejemplo, por las razones que sean, una persona no ha sido juzgada en el plazo de veinte años que marca la ley para la prescripción del delito que cometa hoy, una ley posterior no puede decir dentro de veintitún o treinta años que sí puede ser juzgada, porque eso obviamente perjudicaría su derecho a la seguridad jurídica, y dejaría siempre una puerta abierta a que cualquier modificación legal en el futuro permitiera juzgar lo que conforme a la legislación vigente en el momento en que se cometieron los hechos ya habría prescrito.

Seguramente la tesis que aquí se sustenta no goza de las simpatías de grandes sectores de la población e incluso es contraria a la opinión de muchos y cualificados juristas, pues puede chocar con una idea de Justicia material no demasiada apegada a determinados princi-

pios formales del Estado de Derecho, pero, a mi juicio, también es consustancial a la idea de Justicia material y a la propia esencia del Estado de Derecho, la seguridad jurídica, en cuya virtud, no pueden ampliarse y aplicarse retroactivamente los plazos prescripción vigentes en el momento en que se cometió el delito.

Desde luego, ningún problema hay en admitir que el hecho sea juzgado, cuando el plazo de prescripción ha sido interrumpido, bien porque se hayan cometidos nuevos delitos (como puede ser el caso de la Dictadura franquista que duró casi cuarenta años), bien porque se hayan querido oponer obstáculos a su persecución otorgándose los propios criminales antes del transcurso de los plazos de prescripción Leyes de Punto final o de Autoamnistía, o se hayan aprobado éstas ya en la nueva etapa democrática por debilidad de los nuevos regímenes democráticos¹⁶. Aquí nos encontramos con otro problema, como es el de la llamada Justicia de la Transición, que plantea el dilema de si para pasar de las Dictaduras a la democracia es mejor hacer un borrón y cuenta nueva, la conciliación entre las partes enfrentadas, el perdón o el castigo de los criminales de ayer. En las transiciones habidas en los últimos años en muchos países latinoamericanos, pero también en Alemania,

investigado». Evidentemente este precepto no es aún derecho vigente, pero podría plantearse por la vía del estado de necesidad, igual que en la revelación del secreto profesional, si la evitación de un delito futuro grave o la continuación en la realización de ese delito, en el que pueda estar participando el abogado del cliente, justificaría la grabación de sus conversaciones, que salvo en caso de terrorismo, no estaría, en principio, justificada. En todo caso, lo que no deja de ser sorprendente es que pocos días más tarde el mismo Tribunal Supremo entendiera que el error interpretativo que pudiera haber cometido el Juez Garzón al iniciar un proceso contra los responsables de los crímenes de la dictadura franquista no fuera suficiente para justificar una condena por prevaricación judicial

15 Véase al respecto sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 25, 1969, 269. La doctrina alemana sigue en general esta opinión, si bien distingue entre la aplicación con efecto retroactivo de los nuevos plazos de prescripción cuando aún no han transcurrido los que había en el momento en que se cometió el delito, y la aplicación con efecto retroactivo de los nuevos plazos de prescripción o de la no prescripción cuando los plazos de prescripción vigentes en el momento en que se cometió el hecho ya han transcurrido, admitiendo la primera pero no la segunda; véase, por ejemplo, JESCHECK, Tratado de Derecho penal, traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona 1983, vol. II, p. 1239; ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. ed., 2006, p. 167 Respecto a la no aplicación de esta tesis en algunos países del Este europeo tras la caída de los regímenes comunistas, y particularmente en el caso de Hungría, véase George P. FLETCHER, Conceptos básicos de Derecho penal, traducción de Muñoz Conde, Valencia 1997, p. 31, quien se inclina por el carácter procesal de la prescripción y, en consecuencia, admite la ampliación retroactiva de los plazos de la misma (véase mi nota contraria a esta tesis en p. 31/32 de la traducción a la obra de FLETCHER).

16 En este argumento se apoyó la Corte Suprema argentina para anular la llamada Ley de Punto de Final y de Obediencia debida que se había aprobado para dejar sin castigo las violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad que se habían cometido durante el mandato de la Junta militar (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina de 14 junio del 2005). Por supuesto que el mismo argumento se podría utilizar en aquellos otros países en los que la no persecución de estos delitos se debió a la imposibilidad de hacerlo mientras estuvo vigente el régimen político que los amparó. En este caso, debería aplicarse el mismo criterio que se utiliza ahora para poder perseguir los delitos contra menores, incluso aunque hayan transcurrido los plazos de prescripción de los mismos, computándolos no desde el momento en que se cometieron, sino desde el momento en que el menor haya cumplido la mayoría de edad o, en caso de fallecimiento, éste hubiera fallecido (véase, por ejemplo, art. 132, 1, segundo párrafo del Código penal español). Sobre las distintas causas de suspensión e interrupción de los plazos de prescripción, me remito a la nueva regulación que prevé ahora el art. 132, 2 del Código penal español tras la reforma del 2010, infra b) y mi comentario a la regulación que en esta materia proponía el Anteproyecto de esta reforma: MUÑOZ CONDE, Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código penal español, en Revista Penal, 2009, p. 117 ss. (también en Homenaje a Edmundo Hendler, Buenos aires 2009); VIVES ANTÓN, ¿Estado de Derecho o Estado autoritario? (Reflexiones jurídicas políticas a propósito de un Anteproyecto de Código penal. en Teoría&Derecho, Revista de Pensamiento jurídico, 4/2008, p. 270 ss.

España y en los países del Este de Europa tras la caída del Muro de Berlín, se han ensayado diversos modelos de transición, y ninguno ha sido plenamente satisfactorio para las partes implicadas¹⁷. Pero en todo caso esto no debería afectar a la vigencia de los plazos de prescripción vigentes cuando se cometieron los hechos.

Y todo esto debe destacarse con especial énfasis en unos momentos en los que en España la posibilidad de abrir procesos penales a los responsables del Golpe de Estado de 1936 y de los crímenes a que ello dio lugar no sólo durante la Guerra civil, sino después durante el largo período que duró la oprobiosa dictadura franquista, motivó una acusación, a muy juicio infundada, de prevaricación judicial contra el Juez que inició este proceso (véase STS 29 febrero 2012 y lo dicho supra en nota 14). Pero también es necesario insistir en esto en unos momentos en los que la reforma del Código penal español operada en el 2010, declara imprescriptibles los delitos de terrorismo con resultado muerte¹⁸. No entraré ahora en si la decisión del Juez Garzón de iniciar un proceso penal por delito que conforme a la legislación vigente en el momento en que se cometieron estaban prescritos, o presuntamente habían sido amnistiados en la primera etapa de la transición democrática, constituye un delito de prevaricación. Tampoco voy a valorar si la declaración de no prescripción de los delitos de terrorismo con resultado muerte es una Política criminal acertada respecto a la futura reinserción social de los terroristas en un momento en que haya cesado la lucha armada; en este momento solamente quiero señalar que esta no prescripción de los Crímenes contra la Humanidad, o de los delitos de terrorismo con resultado muerte, sólo será aplicable a los delitos de esta índole que se cometan a partir de la entrada en vigor de las reformas legales en las que se declara su no prescripción.

Desde el punto de vista político criminal, sólo cuando hayan transcurrido los muchos años que, de todos modos, también con la regulación anterior, tienen que pasar para que estos delitos prescriban, se podrá valorar

si la realidad política y social del nuevo momento requiere todavía una respuesta punitiva. Evidentemente, la actual declaración de imprescriptibilidad trata de calmar las exigencias punitivas que en la opinión pública suscitan los Crímenes contra la humanidad y los actos terroristas asesinos que puedan cometerse en este momento o hace poco tiempo; pero nunca podremos saber si tras el paso de los años esa exigencia punitiva sigue manteniéndose, y lo que en todo caso es seguro es esa declaración de no prescripción tendrá escasa eficacia preventiva para intimidar a los dictadores genocidas o de los terroristas, que se mueven en otras coordenadas mentales o ideológicas, y que en todo caso pueden contestar con «un a largo plazo me lo fiáis».

Por lo que al terrorismo de ETA en España se refiere, tras la declaración de tregua que ha realizado este grupo terrorista a finales del 2011, son otros los problemas que se van a plantear y que no tienen fácil solución, como es, por ejemplo, la reinserción social paulatina de los terroristas que renuncien definitivamente a la lucha armada. Este es un problema que desde luego no se va a facilitar con la declaración de imprescriptibilidad que se ha introducido en la reforma del 2010, aunque no sea éste el principal o el único problema que va a plantear esa hipotética reinserción social de los que en su momento cometieron delitos de asesinato.

Las mismas razones que avalan que no se apliquen con efecto retroactivo la ampliación de los plazos de prescripción de un delito cometido anteriormente, son las que, a mi juicio, impiden aplicar con efecto retroactivo medidas de seguridad que no existan en el momento en que se comete un delito¹⁹. Igualmente la cuestión es discutida y el argumento en que se apoyan los partidarios de la aplicación retroactiva de las medidas de seguridad es que no se trata de aquí de una modificación del contenido material de la ilicitud del delito cometido, sino sólo de prevenir una peligrosidad del autor de ese delito que puede no haberse detectado en el momento en que fue condenado, sino posteriormente²⁰. Se olvida,

17 Véase al respecto MUÑOZ CONDE/VORMBAUM (edit.), Humboldt-Kolleg, «La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado», Valencia 2009 (hay también edición en alemán, MUÑOZ CONDE/VORMBAUM (edit.), Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit, Berlin 2010); también las interesantes consideraciones de SILVA SÁNCHEZ, ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo del autor», en Derecho penal del siglo XXI, separata de Cuadernos de Derecho judicial, VIII 2007, p. 327 ss.

18 Véase art. 131, 4, párrafo segundo: «Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieran causado la muerte de una persona». Téngase en cuenta que el estricto tenor literal del precepto permite considerar que tampoco prescriben los casos en los que la muerte de una persona se haya causado de forma imprudente o incluso fortuitamente.

19 En este sentido se expresa claramente el art. 2, 1 del Código penal español: «Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad».

20 Este es el argumento empleado fundamentalmente por la doctrina penal alemana, cuyo Código penal permite en su párrafo 2, 6 la aplicación retroactiva de las medidas de seguridad («Sobre las medidas de mejora y seguridad debe decidirse, en tanto legalmente no

sin embargo, que una medida de seguridad puede ser incluso más gravosa que una pena, sobre todo cuando se trata de una medida privativa de libertad, y que aunque el motivo de su imposición con efecto retroactivo sea prevenir una peligrosidad actual (en todo caso no referida al delito cometido, sino a los que se esperan se puedan cometer en el futuro), el impacto en el derecho a la seguridad y a la libertad del afectado es el mismo o incluso más gravoso que la aplicación de la pena misma²¹. Si en lo que se está pensando es, por ejemplo, en una enfermedad mental sobrevenida durante el cumplimiento de la pena, basta con que se apliquen el internamiento psiquiátrico ya desde el momento en que se detecte esa enfermedad, con el consiguiente proceso previo de incapacitación²²; pero lo que no puede decirse es que ese internamiento tiene su origen en el delito cometido y por el que ya fue condenado sólo a una pena privativa de libertad. Por eso, me parece criticable la regulación alemana que, tras sucesivas reformas efectuadas en el 2002 y en el 2003, para evitar la puesta en libertad de delincuentes (generalmente autores de delitos sexuales, pero también habituales de delitos contra la propiedad) que estaban a punto de cumplir su pena, permitió que el tribunal sentenciador aplicara con efecto retroactivo a los que en el momento de su condena no se les había impuesto, la medida llamada de «custodia de seguridad», que permite una privación de libertad por tiempo indefinido²³. Con razón el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha considerado

que esta regulación infringe principios elementales de la Convención europea de Derechos humanos²⁴.

Por las mismas razones, sólo podrá aplicarse la nueva medida de libertad vigilada adicional al cumplimiento de la pena introducida en el art. 105, 2 del Código penal español por la reforma del 2010, a los sujetos que hayan cometido los delitos en los que dicha medida es aplicable (sexuales y terrorismo), a partir de la entrada en vigor de esa reforma (23 de diciembre 2010).

b) Interrupción y suspensión del cómputo de los plazos de prescripción del delito.

Curiosamente, por más que parezca que el problema que vamos a tratar en este apartado sea una cuestión de menor trascendencia, este tema había provocado ya antes de la reforma del 2010 una intensa polémica doctrinal²⁵, pero sobre todo un enfrentamiento entre el Tribunal Supremo²⁶ y el Tribunal Constitucional²⁷ que mantenían tesis contrapuestas sobre cómo debe entenderse el momento en el que se interrumpe el cómputo de los plazos de prescripción de un delito. Para el Tribunal Supremo, interpretando literalmente el párrafo del art. 132, 2 del Código penal, en su redacción anterior a la reforma del 2010, la presentación de una denuncia o querrela interrumpía el plazo de prescripción de un delito, entendiendo que esto era ya el inicio de un procedimiento «dirigido contra el culpable». En cambio, el Tribunal Constitucional entendió que ello no era suficiente y que era necesario que además de la denuncia o querrela, el Juez hubiera iniciado algún tipo de

se diga otra cosa, conforme a la Ley que esté vigente en el momento de la decisión»). Véase, sin embargo, ROXIN, *Strafrecht* cit., p. 166, que muestra sus reservas respecto a que se pueda aplicar con efecto retroactivo la medida de internamiento en custodia de seguridad, dada la similitud de la misma, en cuanto a sus efectos sobre el condenado, con la pena de prisión. A favor de la aplicación retroactiva de esta medida a los que no fueron condenados a la misma en el momento de la sentencia, pero muestran peligrosidad tras haber cumplido la pena de prisión que se les impuso, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE, 109, 133, anulada posteriormente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase *infra*.

21 Esta distinción entre impacto y motivo es lo que llevó a la Corte Suprema estadounidense a declarar que también a los menores delincuentes debe concedérseles los mismos derechos y garantías constitucionales, menos el derecho al jurado, que se concede a los adultos imputados por un delito, teniendo en cuenta que aunque el motivo de su imputación sea principalmente la reeducación, el impacto en sus derechos y en su persona de una privación de libertad a través de un internamiento en un centro de menores es igual que el impacto que produce el internamiento en un centro carcelario de adultos, véase Sentencia de la Corte Suprema americana, *In Re Gault*, 387, U.S.: 1, 27, 1967; y el comentario a la misma de FLETCHER, *Conceptos básicos* cit., p. 50 ss.

22 Véase la regulación de este procedimiento en el art. 763. de la Ley española de enjuiciamiento civil.

23 Sobre la redacción originaria del parágrafo 66 del Código penal alemán, véase JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., 1996, p. 811 ss.; y sobre las sucesivas reformas y su aplicación retroactiva, Roxin, *loc. cit.*

24 Véase sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 diciembre del 2009, y comentario a la misma de SILVA SÁNCHEZ, en nota editorial de la Revista en Internet, *Indret.com*

25 Véase PEDREIRA GONZÁLEZ, «La prescripción de los delitos y de las faltas», Madrid 2005; BACIGALUPO ZAPATER, «Problemas constitucionales de la prescripción de la acción penal», en *LA Ley* 2005; HUERTA TOCILDO, «A vueltas con la prescripción penal», en *Homenaje a Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 513 ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «La cuestión de la interrupción de la prescripción y el enfrentamiento entre el TS y el TC», en *LA Ley* 2008.

26 Véase, por ejemplo, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 12 mayo del 2005; y las STS 21 junio 2006; 6 junio 2007.

27 Véase sobre todo STC 63/2005, 14 marzo.

actuación, como por ejemplo, admitir la querrela. Respecto a la posición del Tribunal Supremo no deja de ser curioso que éste haya establecido una anómala forma de unificar su doctrina, que, aunque obviamente en Derecho penal no tiene el carácter de fuente vinculante, en la praxis tiene incluso mayor fuerza que la propia Ley. Me refiero concretamente a los llamados Plenos no Jurisdiccionales de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que precisamente por no ser jurisdiccionales no deberían tener más valor que el puramente informativo. Sin embargo, en esta materia, como en otras muchas, con el afán de unificar los criterios interpretativos, se ha introducido una pseudofuente del Derecho penal, incompatible con el principio de legalidad de los delitos y las penas, que constituye el principio básico en materia de fuentes del Derecho penal. En este sentido no deja de ser chocante el Pleno no Jurisdiccional del 18 de julio del 2006 que adopta el Acuerdo de declarar vinculante (para los jueces de los tribunales inferiores) la doctrina establecida en dichos Acuerdos, entre otras cosas y no ya sólo por el monopolio del principio de legalidad como fuente del Derecho penal, sino también y sobre todo porque dicho acuerdo cuestiona gravemente la independencia de los Jueces, que constitucionalmente sólo están vinculados a la ley²⁸. Por otra parte, el Tribunal Supremo para mantener su criterio alegaba que la interpretación contraria a la suya que hacía el Tribunal Constitucional era una cuestión de mera legalidad que no afectaba a derechos fundamentales y que, por tanto no era vinculante para el Tribunal Supremo, que siguió aferrado a su postura tras la decisión contraria del Tribunal Constitucional. Para solucionar este problema de discrepancia entre las más altas instituciones judiciales, el legislador por vía de una interpretación auténtica ha introducido en la reforma del 2010 el siguiente sistema para el cómputo de la prescripción en el apartado 2 del art. 132:

«2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes: 1.ª Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el

momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta. 2.ª No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia. Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo. 3.ª A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.»

De este modo, lo que originó la polémica doctrinal y el enfrentamiento entre las dos altas instancias judiciales, el tema del cómputo de los plazos para la prescripción del delito fiscal ha quedado aparentemente resuelto. No obstante, son muchas las voces que tras la reforma del 2010 han criticado esta nueva regulación y las dudas interpretativas que el nuevo texto plantea²⁹. Evidentemente el problema se suscita, no sólo por la lentitud y la excesiva duración de los procesos penales, sino también a veces por la existencia de determinados óbices procesales que, por ejemplo, en el delito de defraudación tributaria, determinan que se pueda enervar

28 Sobre la naturaleza de estos Acuerdos, véase GRANADOS PÉREZ, Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para la unificación de la jurisprudencia, 2.ª ed. Valencia 2009; ÍÑIGO CORROZA/ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Los acuerdos de la sala penal del Tribunal Supremo, Naturaleza jurídica y contenido, Barcelona 2007; MARTÍNEZ FRANCISCO, Los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. Problemática sustantiva y constitucional, Madrid 2011.

29 Véase, por ejemplo, los comentarios de QUINTERO OLIVARES, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZALEZ CUSSAC, Comentarios a la reforma penal de 2010, Valencia 2010, p. 169 ss.; RODRÍGUEZ HORCAJO, en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), Estudios sobre la reforma del Código penal, Madrid 2011, p. 251 ss.

la acción penal alegando la prescripción tras los muchos años que puede durar la tramitación de un expediente administrativo o la investigación de este delito cuando se cometen en el ámbito de grandes corporaciones o empresas. En este delito, además de las propias dificultades inherentes a su investigación, existe la posibilidad de una regularización prevista en el art. 305, 5 del Código penal, conforme a la cual el defraudador pueda llegar a un acuerdo con la Administración y evitar la acción penal. Además de esto hay que tener en cuenta la propia incuria o negligencia de los órganos encargados de la persecución del delito, y las argucias que el propio contribuyente o sus asesores hayan empleado para dificultar la investigación tributaria. Todo ello hace que la denuncia o la querrela por parte de la Administración tributaria se presente a veces en el último momento, incluso pocos días antes de que termine el plazo de prescripción, o, como más adelante veremos, que se presente cuando la deuda tributaria ya ha prescrito, pero no la posibilidad de perseguir el delito. El problema es, en todo caso, si la presentación de la querrela unos días antes de que termine el plazo de la prescripción del delito es suficiente para interrumpir la prescripción. Como ya antes se ha dicho, algún sector doctrinal y luego el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2005, de 14 de marzo, sostuvieron que la expresión contenida en la anterior redacción del apartado 2 del art. 132: «el procedimiento se dirija contra el culpable», requiere para interrumpir la prescripción algo más que presentar una denuncia o querrela el día antes de que el plazo de prescripción termine. Según este criterio, es necesario que la denuncia o querrela haya motivado ya una actuación judicial, ya que sólo los órganos judiciales «son titulares del *ius puniendi* en representación del Estado». Frente a esta tesis, el Tribunal Supremo venía sosteniendo desde hace tiempo que la denuncia presentada antes de que termine el plazo de prescripción (incluso el día antes) es suficiente para interrumpirlo, si bien y a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional empezó a hablar también de que al menos se hubieran iniciado unas diligencias previas tras la presentación de una denuncia o querrela (cfr. Decisión del Pleno no Jurisdiccional del TS de 12 mayo 2005).

Parecería que en esta materia la tesis del Tribunal Constitucional debería prosperar, no por ser más convincente, sino por tratarse de una instancia que en relación con cuestiones constitucionales tiene conferida la última palabra. No lo entendió así, sin embargo, el Tribunal Supremo que tras la sentencia del Tribunal Constitucional, en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 12 de mayo del 2005 y en sentencias pos-

teriores, ratificó su anterior criterio, entendiendo que la sentencia del Tribunal Constitucional no es vinculante por ser la interpretación de este tema una cuestión de legalidad ordinaria, que no involucra directamente preceptos constitucionales.

Esta era la contradictoria solución jurisprudencial del problema antes de la reforma de 2010. Pero independientemente de quien tuviera la razón en este tema, lo que ahora interesa es ver si la solución que propone la reforma del 2010 es correcta y coherente. Y desde luego parece que hay bastantes razones para considerar que no lo es, o que, en todo caso, es una solución salomónica que queriendo satisfacer a las dos partes en conflicto, termina por no satisfacer a nadie. Por un lado, porque sigue el criterio mantenido por el Tribunal Constitucional y en el párrafo 1 del apartado 2 del art. 132, al considerar que «se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta». Pero, por otro lado, porque acto seguido en el párrafo siguiente parece seguir el criterio del TS concediendo un extraño efecto suspensivo del cómputo del plazo de prescripción a la presentación de la denuncia o querrela ante un órgano judicial y contra una persona determinada, mandando continuar ese cómputo desde el día de la presentación una vez que el órgano judicial correspondiente no la admitiese a trámite. Efectivamente, dice ahora así el mencionado precepto:

«2.ª No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia. Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de

Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo».

Ya en relación con una regulación parecida contenida en el Anteproyecto de reforma del Código penal del 2008, tanto el Informe del Consejo General del Poder Judicial, tras un estudio detenido, como algún autor³⁰ criticaron en su día este criterio híbrido, pero sobre todo la inseguridad jurídica que provocaba hacer depender tanto la interrupción, como la suspensión, de que el procedimiento se dirija contra «persona determinada», lo que impedía, a su juicio que se pudiera aplicar cuando la persona era sólo determinable por posteriores investigaciones, o era desconocida en el momento de la presentación de la denuncia o de la querrela, lo que de algún modo beneficiaba a los «hombres de atrás» en los casos de criminalidad organizada, en los que sólo tras arduas investigaciones y a veces tras haber transcurrido el plazo de prescripción se puede llegar a conocer su identidad. Y de nuevo la reforma del 2010, para resolver este problema, añadió un nuevo párrafo en el que se dice:

«A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho».

Ciertamente este párrafo resuelve el problema en relación con los casos de delito cometido en el seno de una organización o grupo, pero no en otros en los que el delito se comete individualmente o juntamente con otras personas sin llegar a constituir una organización o grupo.

También se criticaba que la interrupción de la prescripción queda además supeditada a una actividad específica del órgano jurisdiccional, que por las razones que sea puede que no se produzca, no sirviendo de paliativo el que mientras tanto se suspenda el cómputo del plazo de prescripción.

No es ahora el momento de entrar en un análisis más detenido de la regulación que propone la reforma del 2010 en esta materia. Pero sí conviene resaltar las contradicciones que pueden darse en relación con la interpretación de otros preceptos del Código penal. Así, por ejemplo, la antes mencionada «regularización» en los Delitos contra al Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305, 4 y 308, 4), está supeditada a que el

Ministerio fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica, foral o local, interponga querrela o denuncia contra el defraudador, lo que obviamente puede producirse el día antes de que termine el plazo de prescripción. Pero ahora con la regulación que hace del problema la reforma del 2010, estas actuaciones no son, sin embargo, suficientes para interrumpir la prescripción, mientras el Juez que reciba la denuncia o querrela no dicte resolución judicial motivada en la que se atribuya al denunciado o querrelado su presunta participación en un hecho delictivo. El hecho de que, sin embargo, sí suspenda el cómputo de los plazos es una especie de vía intermedia que se ha elegido para aliviar la tarea del Juez al que se da un plazo máximo de seis meses en caso de delito, y de dos en caso de falta, para que compruebe si se dan los presupuestos de admisión de la denuncia o querrela y dirigir en su caso la imputación contra una persona determinada (o determinable); pero cuando no es así, bien porque no la admita, o simplemente porque no haga nada, entonces el plazo de prescripción se computa desde el día en que fueron presentadas la denuncia o la querrela, lo que quiere decir que queda en manos del Juez el que en última instancia el delito pueda o no prescribir, algo que desde luego se compece mal con el derecho de la víctima o perjudicado por el delito a agotar hasta el último momento el plazo para el ejercicio de la acción penal, pero también con el derecho del imputado a la seguridad jurídica de saber si finalmente va a ser o no perseguido penalmente.

Pero por otra parte, con esta nueva regulación se limita, e incluso se pervierte, la naturaleza de delito «perseguido a instancia de parte» de muchos delitos contra el orden socioeconómico, como, por ejemplo, los delitos societarios (cfr. art. 290 y ss. del vigente Código penal), en los que la parte denunciante o querrelante puede intentar, hasta el último día antes de que transcurra el plazo de prescripción, llegar a un acuerdo con los presuntos autores del delito y condicionar a ese acuerdo el ejercicio de la acción penal. Un derecho que indudablemente queda muy mermado con la regulación que ahora se propone. Por supuesto, que esperar hasta el último momento para presentar una denuncia o querrela puede ser una táctica del perjudicado para negociar e incluso «chantajear» al autor del delito, pero esto es algo consustancial a la propia esencia de estos delitos, y aún peor parece que la interrupción de la prescripción quede, en definitiva, supeditada a la mayor o

30 Cfr. VIVES ANTÓN, *lug. cit.*

menor diligencia que pueda tener el Juez que reciba la denuncia o querrela para dictar una «resolución judicial motivada» o incluso para no dictar ninguna.

c) Prescripción de la deuda tributaria, pero no del delito fiscal

Esta regulación restrictiva de la interrupción de la prescripción choca paradójicamente con la nueva regulación que se da ahora, tras la reforma del 2010, a un problema que ya había suscitado decisiones jurisprudenciales contradictorias. Este problema era el siguiente:

¿Debe determinar la prescripción de la deuda tributaria también la prescripción del delito de defraudación tributaria?

Para algunos autores la prescripción de la deuda tributaria (que actualmente sigue estando en cuatro años), debería también determinar la extinción de la responsabilidad penal, aunque el plazo de prescripción del delito fuera de cinco años³¹. El fundamento dogmático de esta tesis parece obvio: Si el delito de defraudación tributaria tiene como presupuesto la existencia de una deuda tributaria, cuyo pago se ha evadido fraudulentamente, la prescripción de la deuda deja sin base el delito.

Una opinión distinta mantenía, en cambio, la jurisprudencia³² que consideraba que, aunque la deuda tributaria hubiera prescrito, se podía todavía condenar por delito fiscal si no habían transcurrido los plazos de prescripción del delito.

Una vez más y para despejar las dudas existentes sobre la solución de este problema, la reforma de 2010 ha añadido un apartado 5 al art. 305 del Código penal, que dice lo siguiente:

«5. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley.»

Esto, en principio, no debería ser ningún problema, ya que, según establece el art. 116 del Código penal vigente toda persona penalmente responsable también lo es civilmente, y en relación con el delito fiscal, el Tribunal Supremo tiene establecido que es también ta-

rea del Tribunal sentenciador determinar la responsabilidad civil por delito fiscal. Pero normalmente la deuda tributaria más los intereses de demora se establecen previamente por la Administración tributaria, lo que en la práctica es vinculante para el tribunal penal, que sólo debe pronunciarse sobre otros daños o perjuicios sobrevenidos, como por ejemplo las costas procesales. La única razón por la que puede exigirse esa responsabilidad civil por vía penal, a pesar de haber ya prescrito la deuda tributaria, es que en este caso, la deuda tributaria no es una obligación «ex lege» (es decir, exigible en base a la Ley tributaria), sino «ex delicto», es decir derivada de la comisión del delito, por lo que subsiste en tanto subsista la responsabilidad penal. Es más el pago de la deuda, aunque ya haya prescrito la misma conforme a las normas del Derecho tributario, puede incluso estimarse como una circunstancia atenuante por reparación del daño (art. 21, 5. del vigente Código penal). Claro que si por las razones que sean (por ejemplo, por muerte del deudor tributario acusado de un delito fiscal), no puede llegar a exigirse la responsabilidad penal, la fuente de la obligación tributaria es la legal, y si ésta ya ha prescrito no podrá ya exigirse, porque tampoco podrá aplicarse lo que prevé el nuevo apartado 5.

Hay todavía otros muchos ejemplos de discordancias existentes entre el poder legislativo y el poder judicial que se han querido resolver con las diversas reformas que se han ido introduciendo en los últimos años a partir de la entrada en vigor del Código penal de 1995 (el 24 de mayo de 1996), y especialmente en las reformas del 2003 y ésta que ahora se comenta del 2010. Con ellas se ha pretendido principalmente acabar con la inseguridad jurídica que suscita que el legislador diga una cosa y los tribunales de justicia digan otra, o por lo menos no lo que el legislador pretende que digan. De este modo, casi sin darnos cuenta, parece que en el ánimo del legislador español ha resucitado la vieja idea de que «los jueces no deben ser más que la boca que pronuncie las palabras de la ley». Este es un desiderátum que siempre ha inspirado las decisiones del poder legislativo, que aspira a ser el único poder del Estado verdaderamente democrático que representa la voluntad popular tras unas elecciones libres; pero este desiderátum sólo muy pocas veces y de forma imperfecta ha conseguido imponerse en la praxis judicial de la tradición europea continental, y, desde luego, carece

31 Véase, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, Nuevo escenario del delito fiscal en España, Barcelona 1995.

32 Véase, por ejemplo, STS 26 julio 1999, 6 noviembre 2000, 10 octubre 2001, 30 octubre 2001, etc.



de sentido en la tradición de los países que se rigen por el sistema del *Common Law*. En todo caso, tanto en uno como en otro sistema, las tensiones entre los diversos poderes del Estado son inevitables, y del mismo modo que no se puede evitar que el Poder legislativo quiera imponer a través de las leyes las decisiones que deben tomar los Jueces, éstos tienen también el poder de deci-

dir y aplicar esas leyes al caso concreto; y no cabe duda de que en esa tarea traducen también de un modo más o menos directo sus propias convicciones, su ideología y su concepción del derecho. Ser consciente de ello es también una forma de asumir la grandeza y la miseria, las luces y las sombras, del Estado de Derecho.