

**DISCURSO DE CONTESTACION AL DE INGRESO
EN LA ACADEMIA DE D. RAFAEL PERERA MESQUIDA,
POR PARTE DEL ACADÉMICO D. GABRIEL GARCÍAS PLANAS**

Hace más de veinte años, estando yo todavía de Profesor de Derecho Penal en la Universidad Central de Barcelona, conocí al nuevo Académico Rafael Perera, a quien anuncie mi intención de trasladarme en un futuro inmediato a Mallorca para formar parte del Claustro de la Universidad Balear, y ejercer como Abogado Penalista.

Había oído hablar muy bien de él, pero quienes así lo habían hecho se habían quedado cortos. Rafael Perera es siempre muy amable y cordial en el trato, alaba merecida o inmerecidamente a los compañeros, y lo que es más importante no habla nunca mal de nadie.

Yo, si es que puedo atreverme ha hacerlo, definiría a Rafael Perera como un excelente Abogado, con todo lo que ello significa, un trabajador infatigable, pues pasar por su despacho sea festivo o no, vemos siempre las ventanas abiertas, síntoma inequívoco de que está trabajando.

Rafael Perera, en esa línea de buen Letrado no deja nunca de leer todos y cada uno de los folios del Sumario, no deja nunca de estudiar la más reciente Doctrina y de analizar por completo la Jurisprudencia, tanto si el asunto lo merece como sino. Sabe estar en todo momento en esa difícil tarea de la Abogacía y es capaz de lo más difícil, pues sabe perder, en los contados casos que así ocurre, y ganar; ésto último que a primera vista parece fácil,

es tan difícil o mas que saber perder, aunque para Rafael es menos meritorio porque está mas acostumbrado.

Todas estas cosas, sin duda, han llevado a mi amigo Rafael Perera a la Academia y por consiguiente, creo que estoy en condiciones de poder afirmar que todos nos honramos con su incorporación y que va ha ser un puntal por las condiciones que en él concurren y que de una manera sintetizada acabo de exponer.

Pasando ya, en nombre de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares a la contestación al Discurso de Ingreso en la misma de D. Rafael Perera Mesquida, debo señalar de entrada que es difícil por el momento pensar pese a la existencia de la Unión Europea en un Derecho Penal común para todos los países de la Unión.

El Nuevo Código Penal español de 1995 ha querido adaptarse a los Principios Generales inspiradores de la Constitución Española y del Derecho Penal Moderno, a saber, Principio de Legalidad, de Intervención Mínima, de Culpabilidad, de Proporcionalidad, de Protección de bienes jurídicos, del Derecho Penal del Hecho, etc. Este nuevo Código Penal adaptado plenamente a tales principios ha tenido como precedentes la Reforma Parcial y Urgente de 1983 y la Ley de Actualización del Código Penal de 1989.

El Nuevo Código Penal de 1995, pese a inspirarse en el Principio de Intervención Mínima y en el carácter fragmentario del Derecho Penal ha creado nuevos tipos penales algunos de los cuales rozan el Derecho Administrativo, el Derecho Mercantil y el Derecho Civil, debido básicamente al fracaso de áquellas normas ante la solución de determinadas situaciones conflictivas; piénsese en los delitos relativos a la ordenación del territorio, a los delitos societarios, a los delitos relativos a los consumidores, delitos contra el medio ambiente, etc., lo que en ocasiones hace que con demasiada frecuencia se haga uso de las normas penales en blanco.

En cuanto a las penas, el Nuevo Código Penal que en un principio fué criticado por considerar que las penas resultaban desproporcionadamente bajas, respecto al código anterior, sin embargo vemos que ello no es así, sino más bien al contrario, pués al haberse suprimido la redención de penas por el trabajo, ello hace que aún cuando las penas sean algo mas bajas sólo es así de forma aparente, por cuanto su efectivo cumplimiento, en buen número de casos es superior al que se producía con el Código Penal anterior.

Recordemos que la escritora a quien hoy tal vez llamaríamos Socióloga, Concepción Arenal afirmó que para redactar un Nuevo Código Penal es requisito indispensable ser un amante de la libertad.

Dichas cuestiones previas, ¿es posible un Derecho Penal Comunitario?.

Para ello es indispensable recordar los Principios clásicos que en Derecho Penal rigen en materia de la denominada Ley Penal en el Espacio. El primero de ellos es el Principio de Territorialidad, que rige con carácter general; ello significa que siempre se aplicará la Ley del Estado donde se ha cometido el delito; es lo que se ha venido denominando territorialidad absoluta. Tal Principio hace caso omiso, tanto al bien jurídico lesionado como a los sujetos intervinientes.

El segundo Principio es el llamado Principio de Personalidad, según este va a ser de aplicación la Ley del país del autor del hecho criminal; es indiferente el lugar donde el delito se haya cometido o el carácter del bien jurídico lesionado o puesto en peligro; en tal sentido, el Estado que se rigiere por tal principio castigaría a sus nacionales por todos los delitos que hubiesen cometido, tanto en el como en el extranjero.

El Principio Real o de Protección de Intereses, establece que un país aplicará su propia Ley penal a todos los delitos cometidos contra sus intereses cualquiera que sea el lugar donde se hayan cometido, no importando tampoco la nacionalidad de la persona que lo llevó a cabo.

El Principio Universal o de Justicia Mundial, significa que cualquier estado es competente para juzgar determinados delitos.

Expuesto cuanto antecede hay que señalar que aun cuando la Ley Penal española es territorial, sin embargo se producen una serie de excepciones a hechos cometidos en el extranjero.

Así la Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 23.3 basándose en el Principio de Personalidad y en el Principio Real señala “Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado; b) Contra el titular de la Corona su Consorte, su Sucesor o el Regente; c) Rebelión y sedición; d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; e) Falsificación de moneda española y su expedición; f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; i) Los relativos al control de cambios.”.

Asimismo la citada Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 23.4

y basada en el Principio Universal de Justicia Mundial reza así: “ Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los relativos a la prostitución. f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. 9) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

Además, en el Código Penal actual existe una agravante específica denominada reincidencia internacional para determinados delitos –ya existía en el Código Penal anterior–; ello significa que las condenas de Tribunales extranjeros en determinados casos sería tenida en cuenta a efectos de reincidencia, como si se tratase de una condena de un Tribunal español ver. gr. en el artículo 375 en materia de drogas, en el 388 falsificación de moneda y en el 190 prostitución.

Los Principios antes mencionados el de Territorialidad y sus excepciones tienen además fiel reflejo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo que a la extradición se refiere; de tal forma que el artículo 826 de la Ley Adjetiva Penal señala en que casos y con carácter exclusivo podrá solicitar la extradición “Solo podrá pedirse o proponerse la extradición: 1º. De los españoles que habiendo delinuido en España se hayan refugiado en país extranjero. 2º. De los españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto del en que delinquieron. 3º. De los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo”.

El primer supuesto está basado en el Principio de Territorialidad pues es requisito indispensable haber delinuido en territorio español, el segundo supuesto está inspirado en el Principio de Personalidad, pues aún cuando los hechos se cometieron en el extranjero lo que priva es la condición de español del sujeto activo de la infracción criminal; eso si, se requerirá además que el hecho punible lo sea por un delito en concreto y que el autor se haya refugiado en un tercer país.

Finalmente el tercer supuesto contemplado está inspirado en la idea del Principio Universal o de Justicia Universal no exigiéndose por tanto que el sujeto haya cometido el delito en territorio español ni que tengan la nacionalidad española.

Frente a la existencia de estos principios tradicionales, penales y procesales ¿puede hablarse hoy de la existencia en un futuro de un Derecho Penal Comunitario?. Creo que en estos momentos es difícil tanto contestar

en un sentido afirmativo como negativo; pues además de los principios antes mencionados respecto a la aplicación de la Ley Penal en el espacio nos encontramos con los principios penales tradicionales y con aquellos principios constitucionales que rigen en nuestro Derecho Punitivo. En base a estos principios va a ser en principio dificultoso la existencia de un Derecho Penal Comunitario, por cuanto éste deberá someterse a principios constitucionales coincidentes con la Carta Magna de los distintos Estados de la Unión Europea.

La formulación de principios como el de Legalidad, Resocialización, Presunción de Inocencia, etc. obligarán a un estudio pausado para tratar de analizar la formulación de los mismos en las distintas Constituciones Europeas; será obligado pues para que pueda hablarse de un Derecho Penal de la Unión Europea que exista también al respeto una uniformidad en aquellos que afecten al Derecho Penal y que deriven de las mismas.

De otro lado, los pilares en que se funda el Derecho Penal, tales como el Principio de Culpabilidad, el Principio del Hecho, el Principio de Proporcionalidad, el Principio de Ofensividad, también deberán coincidir si se quiere redactar unas normas penales que luego no se opongan a lo que en estos países se entienda por tales principios; aunque lo cierto es que en los Estados democráticos y de semejante entorno cultural tales cuestiones son pacíficas y no ofrecerían gran dificultad.

Pero con el nacimiento de la Comunidad Europea, hoy Unión Europea, han surgido normas con eficacia directa que se aplicarán preferentemente al Derecho Penal de los Estados, me estoy refiriendo a las Directivas y a los Tratados.

La Directiva tiene efecto directo cuando el Estado miembro transcurrido un determinado periodo de tiempo, no la ha incorporado a su Derecho nacional. Debe ser clara y precisa y no debe dejar ningún poder discrecional al Legislador nacional para su aplicación.

La Directiva permite que el Juez de un Estado interprete el Derecho interno cuando de la misma se pueda derivar la impunidad.

El artículo 96.1 de la Constitución Española establece “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

Los Tratados tienen distintas formas de eficacia, pues si la norma penal interna es incompatible con la del Tratado será de aplicación ésta por tener carácter prioritario.

Para saber si la norma interna se opone a la del Tratado hay que acudir a los Principios de Proporcionalidad y de no Discriminación.

Ello significa que puede existir una contradicción por proteger un bien jurídico que se opone al bien comunitario o por la forma de protegerlo, gravedad de la sanción, que puede ser desfavorable para los fines de la Comunidad.

Parece ser que con los Principios Constitucionales y Penales de los Estados democráticos, las Directivas y los Tratados se abre una puerta a la posibilidad que en un futuro pudiese existir un Derecho Penal que no se limite a regir en un solo estado y que pudiera incluso ser común para los Estados de la Unión Europea.

Ello esta muy lejos todavía, pero no debemos descartarlo, pues como decía un escritor francés “Las fronteras de los Estados acabarán por ser cicatrices de la historia”.