

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián

Marzo 1999

269 - 279

NUEVAS CULTURAS RESPETUOSAS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EXIGENCIAS DE LA JUSTICIA*

Resumen: Se expresa la preocupación por la defensa de los derechos fundamentales y se considera imprescindible introducir una cultura popular en la que la defensa de los Derechos Humanos aparezca como algo esencial, teniendo siempre presentes los principios de proporcionalidad y legalidad a la hora de hacer valer estos derechos ante la justicia.

Laburpena: Oinarrizko eskubideen gerizapenagatik ardura adierazten da eta ezinbestekoa uste izaten da herri kultur bat sartzea, zeinean giza eskubideen gerizapena funtsezkoa izan dadin, proportzionaltasun eta legetasunaren oinarriak kontutan izanez beti justiziaren aurrean eskubide hauek balioerazteko uean.

Résumé: On exprime la préoccupation de la défense des droits fondamentaux, et on considère indispensable introduire une culture populaire où la défense des droits de l'homme soit essentielle, en prenant toujours en considération les principes de proportionnalité et de légalité au moment de faire valoir ces droits par-devant la Justice.

Summary: Concern is expressed towards the defense of fundamental rights and it is considered indispensable to introduce a popular culture in which the protection of human rights appears as something essential, keeping in mind the principles of proportionality and legality when applying this rights in trial.

Palabras clave: Derechos humanos, Dignidad humana, Sistema jurídico, Principio de proporcionalidad, Principio de legalidad.

Hitzik garrantzizkoenak: Giza eskubideak, Giza duintasun, Legezko sistema, Proportzionaltasun oinarri, Legetasun oinarri.

Mots clef: Droits de l'homme, Dignité humaine, Système juridique, Principe de proportionnalité, Principe de légalité.

Key words: Human rights, Human dignity, Juridical system, Proportionality principle, Legality principle.

* *Movimientos de población, integración cultural y paz.* Monográfico de *Eguzkilore*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 7 extr., 1994, pp. 215-226.

Un Curso organizado por la Generalitat de Cataluña a través del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, dirigido por Dña. Esther Giménez-Salinas, en el que tuve el honor de participar, se desarrolló bajo el título general "Persona, avances tecnológicos y Derecho". De alguna manera hay coincidencia de los problemas, al menos de algunos de ellos.

El tema permite infinitas reflexiones. Mi pretensión es meditar con Vds. sobre algunas de estas cuestiones. Qué duda cabe que la sociedad avanza en progresión geométrica, que nuevas culturas respecto de la organización comunitaria, del desarrollo de la persona, de los progresos tecnológicos las tenemos ya encima de la mesa, en nuestras vidas, y que las mismas y otras todavía por venir condicionarán la existencia de millones de seres humanos. Necesitamos una nueva cultura social para asimilar tantas novedades y sobre todo para convivir indisolublemente con los Derechos Humanos.

Ello ha conducido, sin duda, a unos nuevos esquemas respecto de los principales valores dignos de protección y a cómo han de ser ayudados por el Estado para su normal desarrollo y plenitud de vigencia.

Y en este sentido nos preguntamos ¿sabremos, frente a estos avatares, defender unos bienes jurídicos esenciales que por serlo son sociales y humanos, frente a todos y frente a todo?

Se ha dicho que el concepto de dignidad humana no es estático y que algunos avances como, por ejemplo, los conseguidos en el campo de la biogenética, en otros tiempos nos hubieran parecido impensables. Pero la dignidad es respeto a la persona humana por el hecho de serlo, a su intimidad, a su libertad, a su personalidad, sin otros límites que los indispensables para que la convivencia pacífica y en paz pueda realizarse y esa dignidad ha de ser, de alguna manera, predicable de toda persona por la sola condición de tal, para siempre y en todos los sitios. Por eso frente a la biogenética hemos de situar la bioética. La persona jamás puede ser un medio al servicio de otra, sino fin en sí mismo.

Y no hay necesidad de hacer grandes esfuerzos para comprender esta realidad, los medios de comunicación nos lo recuerdan a diario y las escenas llenas de dramatismo de tantos pueblos como viven en la misma miseria, física y psíquica no permiten su olvido, para comprobarlo.

Un ilustre jurista me decía hace unos meses que en una visita a una determinada comunidad, muy lejana de nosotros, por encargo de Naciones Unidas, encontraron en un Establecimiento Penitenciario cientos, miles de personas, en él ingresadas hacía meses y años sin tener noticia alguna respecto de la causa de la detención y de la autoridad de la que dependían.

Es cierto que en las sociedades occidentales, en todo nuestro entorno cultural, por lo menos la libertad de expresión/información impide que además de ocurrir ciertas cosas, éstas se oculten.

En las Reglas Mínimas de Mallorca, redactadas por un Grupo de Juristas bajo el auspicio de Naciones Unidas, se tomó en consideración desde una perspectiva bifronte al acusado y a la víctima para que uno y otra alcanzaran en la policía, en la instrucción de las causas y en el proceso penal mismo, la plenitud de protecciones.

Joan Manuel del Pozo se pregunta ¿qué debemos hacer en el terreno normativo o jurídico para conseguir que los avances tecnológicos no sean contrarios a la persona? En este sentido recuerda a Albert Einstein cuando afirmaba que nuestra época se caracteriza por la perfección de los medios y a la vez por la confusión de las finalidades.

En este orden de cosas los esfuerzos se pueden multiplicar hasta casi el infinito. Se descubren técnicas que permiten “controlar” lo que una persona dice y hasta lo que una persona hace en su propio domicilio. Un pequeño aparato estratégicamente situado en una determinada habitación, imperceptible, permite dominar con una pequeñísima cámara de vídeo a la que se asocia por supuesto el sonido, la intimidad y con ella la ruptura del equilibrio y de la vida personal y familiar, psíquicamente.

Por ello es tan decisivamente importante asentar los principios esenciales de la convivencia en democracia y no permitir que nos los arrebaten. Cuando, a veces, determinadas voces han clamado frente a resoluciones judiciales que marcaban una línea inequívoca a seguir, no lo entendía cuando venía de personas extraordinariamente responsables y demócratas, y lo digo desde el más absoluto respeto hacia quienes así se expresaban, pero al mismo tiempo con la más absoluta convicción, humilde, pero firme, de que es el único camino a seguir.

Es absolutamente imprescindible introducir una cultura popular en la que la defensa de los derechos humanos aparezca como una conquista que el Pueblo no está dispuesto a permitir que se atenúe y menos aún que se destruya.

Esta idea tiene muchas proyecciones: que en un Estado de Derecho democrático el descubrimiento de la verdad material en el proceso penal no puede alcanzarse a cualquier precio, sino que sólo ello sea hacedero manteniendo los principios que informan el Ordenamiento jurídico y entre ellos el respeto a la dignidad humana. De ahí el rigor que la jurisprudencia viene utilizando respecto del filtro obligado de la actividad de investigación, para que merezca el calificativo de prueba, expulsando del natural o legítimo soporte de la condena todo lo que se nos ofrece como auténticas pruebas y no son otra cosa que pseudopruebas extraordinariamente peligrosas porque su apariencia puede engañar a los jueces y tribunales. Y aquí debemos citar las entradas y registros en el domicilio de las personas, las interceptaciones telefónicas, puesto que las postales y telegráficas suelen ofrecer menos problemas, (recordemos los casos Naseiro y Blasco como emblemáticos, pero junto a ellos hay que situar una serie de sentencias que constituyen una auténtica doctrina jurisprudencial reiterada y constante).

Y a su lado hay que citar otra reciente sentencia del Tribunal Supremo que señala que la regla 2ª del art. 70 del Código penal ha de ser interpretada en el sentido de que la pena límite es la de 30 años sin que pueda buscarse otro significado a la misma en el entendimiento de que ése es el techo de aplicación efectiva, pero que la pena en su dimensión total cuantitativa no ha de utilizarse cuando se trate de los llamados beneficios penitenciarios. (STS 8 marzo 1994).

Y otras sentencias en las que se rechazan las pretensiones de la parte respecto de la víctima para que ésta, en las violaciones, cuyo sujeto pasivo es generalmente la mujer, se someta al examen de un psicólogo o de un psiquiatra para que informe sobre su sexualidad, cuándo se inició en ella, cómo fue desarrollada, sobre si realiza o no actos sexuales y de qué naturaleza, si tiene o no tendencias de homosexualidad o, en

este caso, de lesbianismo. Y se rechaza porque el delito de violación y el de las agresiones sexuales no está protegiendo el pudor o las buenas costumbres como antes se decía, sino mucho más sencillamente, la libertad para la sexualidad, el principio de que toda persona mayor de 12 años tiene derecho a decir sí o no a una relación de esta naturaleza, a fijar el cómo y el cuándo y que todo lo que signifique el uso de la violencia o la intimidación para conseguir doblegar la voluntad de la víctima es penalmente punible (mujeres que se dedican a la prostitución, casadas, con unas u otras costumbres). Aunque bueno sería, y así lo vengo diciendo desde hace muchos años, que se permitiera, motivadamente, bajar la pena un grado en función de las circunstancias.

Y pensando en esa misma libertad de decisión y haciéndola compatible en la medida de lo posible y de lo razonable, con la posibilidad de que los enajenados mentales puedan también gozar sexualmente, el Código penal en la reforma llevada a cabo por la LO 3/89, de 21 de junio, sólo tipifica como delito de violación –y consecuentemente como delito de agresión sexual– los supuestos en los que se abusa de las enajenaciones, es decir, que la simple relación con una persona enajenada no constituye, sin más, actividad delictiva, sino que es imprescindible una fraudulenta captación de la voluntad de la víctima, por razón de la superioridad de la edad, del trabajo, etc., para que el delito exista. Para poner un ejemplo gráfico, si una joven oligofrénica hace amistad con un chico de una edad aproximada y llevan a cabo actos de sexualidad no habrá, en principio, delito. No es pues la acción en sí, sino el aprovecharse de la reducida o inexistente capacidad psíquica o intelectual del enajenado para captar su voluntad o hacer inútiles sus negativas, como dice la Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado, lo que da un carácter delictivo a la acción. (Véase en este sentido la jurisprudencia del TS).

El Prof. Pérez Luño definía los derechos humanos como el conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los Ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

D. Joan Manuel del Pozo¹ fija unas conclusiones que hacemos nuestras: la producción de valores continúa y la sociedad genera autodefensas contra sus propias desviaciones y contravalores, alguno de los nuevos valores, difusos, pero potentes como la defensa de la naturaleza tendrá cada vez más una capacidad objetiva, el otro valor nuevo de la autoconsciencia de la ciencia y la técnica nos debe permitir resituar el conocimiento instrumental en su lugar y reclamar que el científico y el técnico y todos juntos con ellos, actuemos bajo el “principio de responsabilidad” que insistimos en definir constructivamente y no regresivamente como la disposición a hacer que el valor de la libertad sea coherente y respetuoso con el resto de los valores de la persona. Los derechos humanos tienen la posibilidad de servir como referencia universal, democrática y humanista para tener un criterio de validación o legitimación de los valores que la sociedad vaya generando y por último, dice, hay que esperar que todo esto ayude a la humanidad a salvar su propia existencia física, su autonomía moral y a conseguir que en lugar de salidas falsas, cada día se acerque más a la realización, con la técnica

1. DEL POZO, Joan Manuel: *Los valores de la sociedad tecnológica*.

como instrumento y la reflexión individual y la democracia colectiva como guía racional y crítica de la utopía o verdad prematura de una humanidad rica en valores, libre y racional.

En algunas ocasiones he tenido oportunidad de manifestar² que un Sistema jurídico, y con ello no descubro desde luego nada nuevo, no permite parcelaciones que siempre terminan siendo artificiales y que rompen la unidad del Ordenamiento³. En este sentido hay que referirse a los derechos fundamentales y a las técnicas de investigación y dentro de ellos a la libertad del científico para descubrir nuevos horizontes en la realidad del universo en tantas zonas con oscuridades y hasta con negruras absolutas y relativas⁴.

Dice a este respecto el Prof. Horst Schüler-Springorum⁵ que en Alemania la libertad de investigación constituye un derecho fundamental protegido por la Constitución: "el arte y la ciencia, la investigación y la docencia son libres". Este derecho de libertad es una forma particular del derecho fundamental general a la libertad de expresión. Cada persona tiene el derecho de expresar su opinión oralmente, por escrito y con la ayuda de la imagen y de difundirla y de instruirse sin impedimentos, mediante fuentes de acceso general. El científico que publica su opinión fundamentada en la investigación, atraviesa metafóricamente todo el art. 5 de la Ley Fundamental ¿dónde, se pregunta, puede haber un conflicto con la autodeterminación informacional?

Probablemente ni la hay ni la debe haber, aunque el hecho se complica cuando de la investigación pura se pasa a la aplicada. A mi juicio, el derecho que cada persona tiene, sea una esperanza de vida o una vida ya realizada, a su identidad genética, es muy importante. Es evidente que se pueden manipular los genes humanos, pero pienso que sólo para eliminar o disminuir taras o enfermedades graves, por ejemplo una lesión medular, el mongolismo, etc. Ciertamente que me ha producido extrañeza que se hayan alzado voces contra la tipificación en el Proyecto de Código Penal de 1992⁶ de la manipulación genética, de la donación, utilización o destrucción de embriones o fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos fuera de los supuestos autorizados por la ley, porque entiendo que su colocación extramuros del texto punitivo no sólo constituiría un peligro gravísimo para el equilibrio social sino también una ruptura de principios esenciales. Son, sin duda, derechos fundamentales con un sujeto activo todavía por nacer, cuya manipulación sólo puede encontrar justificación en la prevención o curación de enfermedades. Todo lo demás, lo mismo que la utilización de embriones, en los términos que el PCP 92 señala, no es otra cosa que poner al servicio de no se sabe qué intereses, desde luego no legítimos, a la persona humana, aunque sea una persona humana en formación. Creo que la Ciencia puede y debe avanzar mucho en

2. V. STS. RODRIGUEZ PEREDA.

3. V. STS. (del taquillero).

4. V. MUGUERZA y otros: *El fundamento de los Dererechos Humanos*. Ed. preparada por Peces Barba. Ed. Debate 1989, p. 20.

5. La utilización de informaciones privadas para objetivos privados, p. 27 y ss. En *Persona, avances tecnológicos y derecho*.

6. Arts. 164 y ss.

este sentido y así lo he expresado en varios trabajos, pero en el mismo sentido estimo que este avance ha de estar siempre dirigido, sobre la base de la Ética, al mejoramiento de la persona humana, de cada ser, mujer u hombre, irrepentino e irrepitible, todo ello independiente de los problemas específicos del aborto.

A mi juicio, este cambio vertiginoso de los telones de fondo de nuestra diaria convivencia en la comedia humana de cada momento, la naturaleza, su espectacular deterioro y a veces su dramática destrucción, la genética, a la que acabamos de hacer referencia, que permite traer niños a medida, las técnicas que se introducen en nuestro subconsciente –el suero de la verdad, las máquinas de descubrir el que miente y el que no, la informática, dentro del más amplio capítulo de la cibernética (Ciencia que estudia comparativamente los sistemas de comunicación y regulación automática de los seres vivos con sistemas electrónicos y mecánicos semejantes a aquéllos)– que ha revolucionado todos los campos de la ciencia, los novísimos diagnósticos de la medicina, los estudios de arquitectura, el propio derecho judicial, etc., y materia informática de la que también ha de hacerse cargo el Derecho para evitar que con ella se destruya una nueva cultura en la que la invasión de la intimidad está a la orden del día. Una persona que ha sido operada de hernia discal o que ha tenido una asistencia psiquiátrica, y los ejemplos se pueden repetir hasta el infinito, comprueba, a veces complacida y a veces con temor, que recibe publicidad de aparatos para contener la reproducción de las hernias o para mantener el equilibrio psíquico y todo porque determinadas empresas acumulan material y datos que luego procesan y que posteriormente venden a quienes dicha información puede interesar. Por eso, sólo elogios merece nuestra Constitución que, defensora incondicionada de los derechos humanos, se refiere a la informática no para otra cosa que para mandar a la ley, en su art. 8.4, que limite su uso para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

De ahí la trascendencia del art. 9.2 de la CE que atribuye a los poderes públicos, y acaso de manera singular a los jueces y tribunales, la tarea de promocionar las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Hay crisis, motivada por una convulsión espiritual, social, política y económica, pero esta realidad innegable y que todos de alguna manera vivimos, ha de ser signo de prosperidad y de un asentamiento más definitivo de los derechos fundamentales de la persona humana. En este sentido el Derecho ha de contribuir a que el desenlace de los mismos sea de signo positivo, no sólo en las leyes sino también en esos principios eternos y universales que el Derecho ha de tratar de realizar por caminos de legitimidad formal y material sin saltos en el vacío, tan peligrosos y tan sin sentido. La variación de las leyes ha dicho el Prof. Hernández Gil⁷ no es la medida de la variación del Derecho y la variación del Derecho en el tiempo (y también en el espacio), es proporcionalmente inferior a otras mutaciones apreciables en nuestro entorno y en el hombre mismo. La

7. HERNANDEZ GIL, Antonio: "La situación científica y cultural del Derecho". RALyJ separata de la rev. *Anales* 1.

sociedad, ha dicho el Prof. García Valdecasas⁸, no puede subsistir sin esa forma de vigencia suprema que es el Derecho. Derecho y Sociedad son consustanciales.

Es evidente que en una sociedad hay conflictos. Es inevitable. El problema está en conseguir que éstos se solucionen por vías pacíficas, donde la violencia física o psíquica queden por completo eliminadas. Esta es nuestra grande y hermosa tarea.

Bien sabemos de esta realidad los jueces. Cada pleito es un conflicto que debe resolverse con arreglo a unos criterios que el propio Pueblo hecho legislador ha establecido. Es verdad que son muchos los que salen descontentos de su aventura judicial. Es normal, prácticamente sale disgustado todo el que pierde, y en el campo penal todos los condenados, a veces también los que ganan o los que salen absueltos. Esta será a mi juicio una de las más importantes consecuencias positivas del establecimiento del Jurado: que los ciudadanos conozcan en su propia sensibilidad lo difícil que es juzgar. Pero entrar en este tema nos distanciaría del nuestro.

El estado de conflictividad es extraordinariamente frecuente: cuanto más compleja sea la sociedad en la que vivimos, mayor será la problemática en extensión y en intensidad. ¿Hemos pensado suficiente en el conflicto entre respeto a la intimidad y a la reserva de la vida y las acciones de paternidad/maternidad? ¿Y qué decir del derecho a la propiedad privada y a sus numerosas y legítimas limitaciones? ¿Y la lucha entre la donación anónima de semen y el derecho a saber cada persona quién es su progenitor? ¿Y los conflictos entre la madre que cede su útero y la que puso su óvulo fecundado en el vientre de aquélla? ¿Y qué sucede entre el derecho a la libertad de expresión de los trabajadores y el derecho a la reserva del estado de la empresa por parte del empresario? ¿Y qué decir del derecho al honor enfrentado a la libertad de expresión y de información?

Aquí, como en tantas ocasiones, ha de estar presente el principio de proporcionalidad que forma parte del gran principio de la justicia. Cada avance supone el nacimiento de problemas. Dice el Prof. Miguel Barceló⁹ que todos estos cambios que configuran esta “revolución de las tecnologías de la información” no se han producido sin problemas: el paro inducido por la informatización administrativa y la robotización industrial, los problemas surgidos en torno a la protección de la intimidad y el abuso en la utilización de los datos personales recogidos en los mismos sistemas informáticos, el nacimiento de nuevas formas de fraude y del delito informático son algunos de los efectos de cómo, además de las posibilidades atractivas y positivas que ofrece la tecnología informática de hoy, también se derivan problemas¹⁰.

A mí me gustaría en este momento hacer como una especie de reflexión intermedia antes de seguir adelante: el avance de la humanidad en la defensa de los derechos humanos ha sido realmente espectacular. De ello todos nos tenemos que sentir satisfechos y orgullosos y esta misma venturosa realidad nos tiene que hacer más dinámicos y entusiastas en la profundización de su defensa.

8. VALDECASAS, G.: “La sociedad y el Derecho”. *Rev. del Foro Canario* n° 20.

9. BARCELO, Miguel: *Los sistemas de información ¿hasta dónde se puede llegar?* pp. 47 y ss.

10. PCP del 92.

¿Tenemos conciencia de lo que afortunadamente se ha progresado en el tema de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la jurisprudencia europea? La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, hoy de la Unión, ha sido decisiva. El Consejero de Presidencia de la Comunidad de Madrid ha señalado que, como en otras ocasiones, el Tribunal ha jugado un papel de anticipación y de guía en la senda por la que ha de transcurrir la construcción comunitaria en este importante ámbito de la Europa social. Dos son las cuestiones que subyacen en el principio de trato: una, es la realización de un derecho fundamental según el cual deben ser interpretadas muy restrictivamente las diferencias jurídicas y económicas legítimamente derivadas de la particularidad de ser mujer u hombre. La otra cuestión, muy relacionada con las anteriores, la desleal competencia entre empresas que pueden y suelen encubrir la contratación preferente de mujeres en determinados sectores, con una remuneración inferior a la de los hombres.

Es evidente que, como dijo una STS Sala de lo Social, y tampoco era novedad, quien desiguala lo desigual iguala, refiriéndose a unas condiciones de trabajo “favorables” a las mujeres que tienen hijos en periodo de lactancia frente al resto de los trabajadores que no se encuentran en esta situación.

La igualdad no puede quedar aquí. Me parece que hay que tener generosidad y procurar, en la medida de lo posible, acercarnos a los demás, a los que están cerca y a los que están lejos. Por ello he manifestado varias veces que concibo la Unión Europea como una fuerza construida sobre la Democracia y el Derecho protegiendo la igualdad, la libertad, la solidaridad no frente a nadie sino a favor de todos. No es difícil, ha dicho Juan Alberto Belloch¹¹, constatar hasta qué punto en Occidente se percibe una progresivamente creciente beligerancia frente a los “extranjeros” (tanto en sentido amplio como en el más usual de emigrantes aspirantes a trabajadores). Hoy se puede hablar, afirma José Antonio Gimbernat, con toda propiedad, de signos de xenofobia (actitudes y prácticas) y hasta signos de racismo (ideología).

Estas ideas conducen directamente a la exigencia de una perfecta acomodación del Ordenamiento jurídico a la Constitución que, como dice Tomás Gui¹², se produce en primer lugar mediante la función interpretadora que asume sustancialmente el Tribunal Constitucional, que es su intérprete supremo (art. 1.1. LOTC y 161 y 164 CE) de forma que el TC dice lo que dice la Constitución. Función de extraordinaria importancia en la medida en que la CE incorpora gran cantidad de conceptos de carácter general que fueron pactados por todas las fuerzas políticas sin precisar su contenido concreto.

Y esta tarea es de todos, no sólo de los juristas, menos aún sólo de los jueces. Por ello, las ideas básicas de la CE debieran constituir y sin duda así sucede, la principal asignatura de la formación intelectual de nuestros jóvenes en la Escuela, en los Centros de Enseñanza Media, en los Centros de Formación Profesional, en los Cuarteles y Academias y en las Universidades. Se trata con ello de situar en el primer punto de

11. BELLOCH, Juan Alberto: Conferencia inaugural en *Temas Básicos del Derecho*, Vol. I. Studia Jurídica.

12. GUI, Tomás: “La acomodación del Ordenamiento a la Constitución mediante la interpretación”. *Temas Básicos de Derecho*, Vol. I. Studia Jurídica pp. 457 y ss.

nuestra convivencia a los Derechos Humanos como algo principal y de alguna manera distinto del resto del Sistema normativo porque sin ellos nada tiene, en un Estado de Derecho, democrático, razón de ser. Por ello, acaso, ofrezca unas características tan específicas y las peculiaridades respecto de las reservas a los Tratados de Derechos Humanos¹³.

A mi entender es extraordinariamente importante que el ciudadano asuma estos ideales de convivencia, pero nada se asume de verdad si no se quiere y para querer algo es preciso conocerlo bien. Personalmente me da envidia comprobar que en algunos Sistemas, el Pueblo comprende bien a su justicia, participa de ella, la hace suya. Es evidente que ello implica tener unas ideas aunque sean elementales sobre el Ordenamiento jurídico y saber y querer que los Derechos Humanos, los Derechos fundamentales, se vean permanentemente reconocidos y protegidos y que en este orden de cosas se comprenda bien cuando un juez o un tribunal absuelve a una persona por falta de pruebas de cargo o porque las pruebas aportadas son nulas, precisamente por haberse producido con vulneración de tales derechos: entradas y registros a un domicilio, interceptaciones telefónicas, declaraciones bajo torturas, manifestaciones testificales sin contradicción, pericias no pasadas por el filtro de las discrepancias cuando así se ha solicitado, etc., como ya dijimos.

Y olvidar para siempre que el Código penal sea el Código de los pobres o que hay una justicia para ricos y otra para pobres como a veces, tan precipitadamente, sin duda, se dice, quizá más por imprudencia que por malicia. ¿Que los jueces nos equivocamos? ¡Y quién no se equivoca! Pero en la pequeñísima medida en que pueda ser creíble mi afirmación, quiero decir que los jueces somos absolutamente independientes y que cuando un juez se equivoca o yerra no hay por qué buscar otras causas distintas a su condición humana tan dada a los errores y deficiencias.

Si esta cultura no arraiga en los ciudadanos no es de extrañar que cuando no se ha probado el hecho o la participación del acusado, la creencia popular lo atribuya a presiones, recomendaciones o favores. Este es el asunto que salta a las primeras páginas, y se olvida –porque es humano– que tal vez ese mismo día han sido absueltas dos o tres personas de la más humilde condición social y económica por la misma razón, porque no había pruebas o las que había no eran tales desde el punto de vista de su legitimidad.

Ahí están todos los días estas noticias que saltan a la opinión pública para probar lo que digo. Por ello es tan necesario que los medios de comunicación social estén siempre suficientemente informados, y bien y sinceramente conocedores de la realidad, la opinión es otra cosa, y pueden llevar al ánimo de los ciudadanos lo que acontece en esta importante parcela de la vida social. Por ello confío tanto en su preparación, prudencia –que no es temor– y humanidad.

Nuestra vieja, ya más que centenaria, Ley de enjuiciar los crímenes, delitos y faltas, recoge esta clasificación tripartita siguiendo una también vieja terminología, es un modelo de buen hacer legislativo ¡qué exquisitez en el tratamiento de los acusados! Porque ni siquiera sabemos si son culpables cuando se sientan en el banquillo. La

13. CHUECA SANCHO, Angel G.: "Las reservas a los Tratados de Derechos Humanos". *Doc. Jurídica* 74, abril-junio 92.

LECrim. sintoniza bien con la Constitución porque una y otra tenían ideales comunes. Cuando la CE proscribiera toda indefensión parece que piensa en la Ley de enjuiciar, cuando ésta organiza un sistema de defensa del acusado da la impresión de que intuye lo que después serían expresos mandatos constitucionales.

De ahí que, a mi juicio, debamos desterrar todo asomo de indefensión, y no me canso de repetir que las entradas y registros indebidos y las interceptaciones telefónicas o intervenciones corporales no practicadas conforme en todo al Ordenamiento jurídico son expresiones de atentados graves a la proscripción de la indefensión y sobre todo de vulneración intolerable del derecho a la intimidad y a la dignidad de las personas.

Cuando algunas veces se oyen voces discrepantes me pregunto ¿no es absurdo que al acusado se le admita que si quiere declarar lo haga y en otro caso, no lo haga, que se le exhorte a decir verdad, esto es, que se le permita jurídicamente mentir y que luego sin advertencias, sin avisos, sin requerimientos, se le descubra en su casa todo lo que se le permitía ocultar, o que en las mismas condiciones se le grabe el sonido y la imagen de lo que quiere ocultar?

Es evidente que en ocasiones estas medidas habrán de tomarse, pero no parece exigir mucho el condicionar su validez al principio de proporcionalidad, que forma parte de la justicia, expresamente exteriorizado en su resolución judicial motivada, tomada en el curso de una investigación criminal, dirigida por un juez, sabedor del contenido esencial de lo que se trata de descubrir, de cuáles son los indicios de criminalidad existentes y de cuáles hayan de ser los límites y fronteras que a éstas, en principio violaciones a la intimidad y/o dignidad de la persona, se fijan¹⁴.

De ahí mi aplauso incondicionado al principio de legalidad, que si en todo sistema jurídico es esencial, aún lo es más en el penal, de ahí mi no rotundo al principio de oportunidad y la defensa incondicionada que hago siempre del principio acusatorio, que limita las posibilidades del juez a lo que es objeto de acusación sin poder extravasarse la calificación, a no ser sobre un delito homogéneo y menos grave.

Hace algunos días el grande e ilustre artista D. Eduardo Chillida¹⁵, en su discurso de recepción a la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, discurso exacto, sugerente, enigmático, misterioso, lleno de íntimas pautas que eran como puertas que se abrían a la reflexión del oyente, se preguntaba ¿es la medida la condición misma para formar parte del Universo? ¿Es el presente una medida parte del Universo? Si el presente tuviera medida ¿no estarían disociados por ella el pasado y el futuro? ¿Qué sería de la vida, de la palabra y de la música?

En mi ignorancia sobre temas tan trascendentes me atrevería a proponer modestamente, en lo que al Derecho respecta, una solución: sin medida no hay orden justo, sin orden justo no hay proporcionalidad, que es la medida de todas las cosas, y finalmente sin proporcionalidad no hay justicia, que es el valor social por excelencia.

14. GONZALEZ CUELLAR, Nicolás: *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Colex 1990.

15. CHILLIDA, Eduardo: "Preguntas". Discurso leído en la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, el 20 de marzo de 1994.

No podemos, a mi juicio, vivir sin medida. Acaso haya en ello una cierta deformación de juez. Decía hace pocos días D. Gregorio Peces Barba en un precioso artículo¹⁶, verdaderamente modélico y antológico, que los jueces como las orquestas que interpretan a Beethoven o a Bach y reconstruyen lo que tan ilustres compositores hicieron, recreamos las normas, y en este sentido me permitiría añadir que para recrear el precepto necesitamos de la medida, de la proporción, del equilibrio que la propia realidad social nos facilita.

El Prof. Beristain en un magnífico trabajo, como todos los suyos¹⁷, sobre Derechos Humanos destaca la exigencia de duración máxima o mínima, según se mire, de la detención preventiva y sin excepción alguna, la exigencia de evitar la tortura. Y recuerda que los jueces corremos el peligro de caer víctimas de una deformación profesional que les fomenten la formulación de juicios lógicos que condenan o absuelven, de acuerdo con sistemas cerrados que abocan a un intelectualismo unilateral y exagerado que va extendiéndose paulatinamente a otros campos extraprofesionales, como constatan y critican Unamuno y el Ministro de Justicia Alemán Radbruch.



De izda. a dcha.: A. Beristain, L.E. Pettiti, D. Szabo, J.J. Goirieta, J.A. Ardanza, E. Galdós, E. Ruiz Vadillo, G. Da Cunha, M^a L. Lima y E. Neuman.

16. PECES BARBA, Gregorio: Artículo en el periódico ABC.

17. BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Los Derechos humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, p. 403.

Y frente a la tortura, intolerable en un Estado de derecho democrático y social, están los testimonios llenos de autoridad moral y científica de tantos ilustres penalistas, entre ellos los Profesores José Luis de la Cuesta en magníficos estudios, y Torío sobre la prohibición constitucional de los tratos inhumanos y degradantes.

El Prof. Mir Puig en un igualmente magnífico trabajo sobre Derechos Humanos y Límites del Derecho Penal¹⁸ lamenta que ni el principio de resocialización ni los demás principios limitados del Derecho penal se hallan suficientemente realizados en la práctica y reclama un esfuerzo serio por hacer que la legalidad sea estrictamente respetada y aplicada.

Y a ello pienso, y con esto termino, nos tiene que ayudar el legislador y el Pueblo. La Ley, fijando con precisión los contornos del ilícito penal y de sus consecuencias. El Pueblo, captando bien el mensaje de la justicia en la seguridad de que a quien se le condena, no importa por qué delito ni con cuánta pena lo fue, tiene derecho a que la sociedad le permita rehabilitarse, lo cual es compatible con las medidas que hayan de adoptarse para evitar situaciones de la más extrema gravedad.

Como dijo Ortega y Gasset “lo mejor que humanamente puede decirse de algo es que necesita ser reformado porque ello implica que es imprescindible y que es capaz de nueva vida”.

Los Derechos Humanos son esenciales. Aún cabe sobre ellos progresar y hacer reformas para que alcancen toda la plenitud que de ellos deseamos, precisamente porque sin ellos la vida de los individuos y de los pueblos no es propiamente vida.

18. MIR PUIG, Santiago: *Los Derechos humanos ante...*, op. cit., pp. 461 ss.