



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.
San Sebastián, N.º 3 - 1989.

- **José Miguel de Barandiarán.**
Felicitaciones Navideñas a los internos 11
- **Emilio Barberá.**
Conflictos biológicos en la definición de la paternidad 15
- **Marcello de Araujo, Jr.**
Problemática de la droga en América Latina 21
- **Antonio Beristain.**
Versus macrovictimación: en la Universidad y en las Iglesias 35
- **José Luis de la Cuesta.**
Presupuestos fundamentales del Derecho Penal 55
- **Antonio García-Pablos de Molina.**
La aportación de la Criminología 79
- **Joaquín Giménez.**
Consideraciones sobre los DD. HH. y ordenamiento jurídico 95
- **Fely González Vidosa.**
Derechos Humanos y la Víctima 107
- **Teodoro López-Cuesta.**
Humanismo y libertad desde la Institución Libre de Enseñanza 115
- **José M.^a Macarulla.**
Bases biológicas de la conducta humana 125
- **Augusto Maeso y Elena Bernarás.**
Aproximación a Pío Baroja 133
- **Jorge Oteiza.**
Teomaquias 4, 5, 6 y 7 149
- **Luis Sánchez Granjel.**
Medicina y Antropología en la génesis de Dorado Montero 155
- **Antonio Beristain.**
Crimen y castigo. Cristianos ante la justicia penal 171
- **José Ignacio García Ramos.**
Presentación Eguzkilore n.º 2 187
- II Promoción de Crim. Vascos y Nombramiento de M. de H. 191
- Memoria del IVAC-KREI 203

EGUZKILORE

Número 3.
San Sebastián
Diciembre 1989
95 - 106

CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y ORDENAMIENTO JURIDICO. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO PENAL

Joaquín GIMENEZ GARCIA

*Presidente de la Audiencia Provincial
San Sebastián*

Resumen: Se hace en primer término una referencia a los Derechos Humanos, en nuestro ordenamiento jurídico, para pasar después a la especial relación entre estos derechos y el Derecho penal.

Laburpena: Hasiera batean, Giza Eskubideek gure ordenamendu juridikoan duten trataeraz aipu bat egiten da, eta jarraian eskubide hauek eta Zuzenbide penalaren arteko harreman bereziaz jarduten da.

Resumé: On fait d'abord, une référence aux Droit de l'homme, dans notre ordonnance juridique, pour passer après aux rapports particuliers entre ces droits et le Droit pénal.

Summary: This article analyzes, in first place Human Rights in our juridical system and in second place the especial relationship between these rights and Criminal law.

Palabras Clave: Derechos Humanos, Derecho penal, prevención, reinserción, víctima.

Hitzik Garrantzizkoenak: Giza Eskubideak, Zuzenbide penala, prebentzio, birtxertaketa, biktima.

Mots Clef: Droit de l'Homme, Droit pénal, prévention, reinsertion, victime.

Key words: Human Rights, Criminal law, prevention, reinsertion, victim.

I.- ORDENAMIENTO JURIDICO Y DERECHOS HUMANOS

Hablar de Derechos Humanos y Ordenamiento Jurídico, en cualquiera de sus ramas, es toda una proclamación de principios en la medida que los derechos humanos constituyen hoy la más clara y rotunda *dimensión ética del derecho*¹.

Supone una nueva reelaboración de las concepciones ius naturalistas que nada tiene que ver con los caducos planteamientos de un “derecho natural” concebido como conjunto normático “dado”, impreso en el corazón del hombre válido en todo tiempo y lugar.

Aquel viejo derecho natural, acrítico y estático es, en palabras de González Vicent², una paradoja en sus propios términos, en la medida que trata de hacer comprensible una ideología ahistórica desde una realidad histórica cambiante y dinámica. Es la concreción de la ideología de la ahistoricidad con olvido de que *el hombre es historia, no naturaleza* (como dice Ditley).

El nuevo iusnaturalismo que se deriva de la conexión del Derecho con los Derechos Humanos supone una nueva reflexión orientada hacia un nuevo marco de relaciones humanas, que partiendo de la realidad histórica dada trata de buscar su superación.

Por decirlo en palabras de *Ernest Bloch* en su libro “Derecho natural y dignidad humana”³, “el derecho natural tiende hacia la abolición de la humillación humana, a acabar con todas las situaciones en las que el hombre es un ser humillado, y privado en absoluto de su propio valor”. El derecho natural es, en este contexto, una *conciencia anticipadora*, una instrucción para obrar en clave de futuro, más que un conjunto dogmático dado.

Este iusnaturalismo axiológico supone la reconducción del derecho a la ética y siendo ésta un sistema de valores, *la conexión* entre el ordenamiento jurídico y derechos humanos es equivalente al reconocimiento de un sistema jurídico basado en la protección de la persona humana y en la primacía de los derechos del hombre sobre cualquier otra consideración.

Se trata por lo tanto de una ética *normativa* por cuanto trata de transmitir normas de conducta y de incidir efectivamente en el tejido social, no es una ética descriptiva y sólo explicativa de “lo que ocurre y por qué ocurre”⁴.

La ética normativa es una ética *transformadora* e incluso beligerante en la medida en que trata de realizar un valor: El desarrollo del hombre y la protección de sus derechos que pueden estar siendo negados en sociedad en un momento determinado

1.- Félix GARCIA. *Enseñar los Derechos Humanos*. Zero ZYX, 1983, pág. 22.

2.- Felipe GONZALEZ VICEN. *En favor de Bloch*. Obra colectiva. Editorial Taunus, 1979, pág. 49 y siguientes.

3.- Citado por Felipe GONZALEZ VICEN. *Op. citada*, pág. 56.

4.- Félix GARCIA. *Enseñar los Derechos Humanos*. Zero XYZ, 1983, pág. 8.

aun siendo una sociedad democrática, porque, como dice *Hernández Gil*⁵ “la Democracia excluye que el príncipe, el dictador, o el grupo oligárquico sean definidores del derecho, mas no garantiza que la voluntad general alcance siempre la Justicia”.

La única manera de defender la dignidad de la persona humana es atacar las causas que generan la desigualdad e injusticia existentes. Como afirma *Pizzorusso* “no basta declarar la igualdad como habíamos hecho hasta ahora, es preciso hacerla efectiva allí donde se vea negada por los hechos”.

No basta con la posibilidad ideal de acceder a determinados bienes, se trata de poner a los ciudadanos en la posibilidad real de poder disfrutar de ellos.

En este sentido desbloqueador debe interpretarse el *principio de efectividad* contenido en lo que sin duda puede calificarse en la piedra angular de C.E.: el artículo 9 párrafo 2, cuando exige de los poderes públicos una enérgica actividad positiva tendente a la *promoción* de los derechos de los individuos a la *remoción* de los obstáculos y a *facilitar* su participación en la vida política, económica, cultural y social.

Este reconocimiento expreso del carácter *transformador* que debe tener el estado social democrático de derecho está sometido al *principio de legalidad* y debe realizar los valores constitucionales a veces negados en segmentos sociales de esa realidad, porque la sociedad democrática es una sociedad conflictiva en la que conviven o coexisten fuerzas y códigos éticos distintos y aun antagónicos.

El propio artículo primero de la Constitución Española afirma que el Estado —sujeto del ordenamiento jurídico— propugna como valores superiores del Ordenamiento Jurídico la libertad, la justicia, la igualdad, y el artículo 10 declara la inviolabilidad de la persona humana, que es el sujeto de aquellos derechos propugnados por el Estado a través del Ordenamiento Jurídico, y que por lo mismo deben de ser realizados, esto es interpretados, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales ratificados por España.

El Ordenamiento Jurídico aparece como subordinado a la realización de tales valores y ha de ser considerado como medio para la materialización de los mismos.

En palabras de *Hernández Gil*⁶ hay una relación de medio a fin entre el Ordenamiento Jurídico y valores, que no se cierra con el periodo legislativo constituyente en la medida que la Constitución diseña una sociedad de futuro, pendiente de construcción y por tanto es un cambio abierto, un punto de partida, no de llegada.

Esta conexión entre *valor y norma* se cierra con la consideración acerca de la *realidad social*, lo que da la *concepción tridimensional* del derecho apuntada por Miguel Reale y Carlos Cosío, que consideran al derecho como fruto de la concurrencia del hecho, de la norma y del valor.

5.- Antonio HERNANDEZ GIL. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Obras completas. Editorial Espasa Calpe, 1988, pág. 161.

6.- Antonio HERNANDEZ GIL. *Opus Citae*, pág. 416.

Este tridimensionalismo jurídico supone una distribución de los campos de conocimiento: la sociología tiene por objeto el estudio del derecho como hecho, y en consecuencia le preocupa su efectividad; la ciencia dogmática lo estudia como norma y le preocupa su vigencia; la filosofía se polariza en el derecho como valor y le preocupa su fundamento⁷.

Desde esta triple perspectiva la conexión Ordenamiento Jurídico-Derechos Humanos supone que aquél debe realizar *el valor* de respeto a la dignidad de persona humana en la *enunciación de la norma, desde la realidad concreta* en la que aquélla debe operar.

Dicha norma al mismo tiempo debe ser interpretada y aplicada por el operador jurídico en el sentido que posibilite la efectividad de dicho valor.

Esto quiere decir que, siendo presupuesto de toda interpretación una duda referente al significado de las reglas a aplicar relevantes para tomar una decisión, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, se han de tomar o hacer uso de aquellas directivas o criterios interpretativos que conteniendo necesariamente implicaciones axiológicas, han de tender a una mejor vigencia del cuadro de valores constitucionales que tienen por soporte y fundamento a la persona Humana y con acatamiento al principio de legalidad y todo ello de una manera fundada, es decir, razonada⁸.

En definitiva no hay que olvidar que toda interpretación judicial es un acto de creación de derechos y por tanto de volición del Tribunal que encarna un cuadro de valores, porque de alguna manera toda aplicación de la norma es una recreación de la misma a la luz del caso concreto, ahora bien, esta recreación debe tender a la realización de los valores constitucionales en virtud del principio de legalidad y de la sujeción del Juez a la Constitución, norma fundamental y fundamentadora del resto del Ordenamiento Jurídico como expresamente se señala en el artículo 9-1º de la Constitución.

II.- DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL

El Derecho Penal está constituido por el catálogo de conductas que en coordenadas de tiempo y de lugar integran las actividades más graves que se oponen a la convivencia pacífica por constituir ataques a bienes jurídicos y bienes fundamentales de los ciudadanos y de la sociedad provenientes de otros miembros de la comunidad, a los que, por el ataque perpetrado, se les sanciona con penas que a su vez constituyen privación o limitación de los derechos humanos de los delincuentes.

7.- Antonio HERNANDEZ GIL. *Opus Citae*, pág. 146.

8.- Sobre la interpretación operativa, ver Jerzy WROBLEWSKI. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Cuadernos Civitas, 1985, pág. 35.

El Derecho Penal es la respuesta del Estado, desde la legalidad, de contenido coactivo y si se quiere represivo, frente a la violencia carente de legitimidad, o al ataque a bienes jurídicos individuales o colectivos.

En la dicotomía *fuerza-violencia*, esta última es la utilizada por el delincuente colocado al margen de la Ley y que constituye un ataque a los derechos humanos de los ciudadanos y a otros bienes mayoritariamente entendidos como dignos de protección.

La fuerza es la utilizada por el Estado dentro de la legalidad para limitar o castigar a los autores de las infracciones.

La fuerza es la respuesta desde la legalidad a la violencia extramuros de aquélla. Por ello la fuerza es reglada en tanto que aquélla es arbitraria y carente de legitimidad.

Ambas operan sobre los derechos humanos de las personas.

La violencia del delincuente es una *vulneración* de aquéllos, la fuerza del Estado es una *limitación* de los mismos.

Ambos términos del conflicto han de ser objeto de análisis desde el prisma de los derechos humanos, como señala Santiago Mir⁹.

Un Derecho Penal respetuoso con los Derechos Humanos de las partes en el conflicto penal debe responder a tres principios fundamentales: En primer lugar al *Principio de Mínima Intervención*, que exige el mínimo de criminalización de conductas, entendiendo por tales aquéllas en las que el consenso social es, si no unánime, sí más generalizado, ya que más que ninguna otra rama jurídica, el derecho penal debe de fundar su aceptación en un proceso de *convicción social* y no en la mera batería de medios coactivos que lo impongan.

El catálogo de delitos debe ser el exponente del mínimo común denominador de los diversos códigos éticos y estéticos que de hecho se dan en una sociedad pluralista como la actual, en donde la convivencia o la coexistencia debe primar sobre la confrontación, distinguiendo entre conducta criminal y conducta desviada, reservando la primera calificación para las graves, desde una perspectiva de permanente adecuación a la cambiante realidad social.

Evidentemente, los ataques a la vida e integridad física y psíquica de la persona deben constituir el núcleo del catálogo delictivo sin olvidar que la libertad e intimidad de las personas está hoy, curiosamente, tal vez más amenazada que en tiempos anteriores a consecuencia de los adelantos de la cibernética y el proceso de datos. La información es hoy el principal medio de poder. Se hace preciso establecer controles efectivos que limiten e impidan la invasión en la intimidad de las personas o las transferencias a otras instancias de datos personales o íntimos¹⁰. En este

9.- *Los Derechos Humanos ante la criminología y el Derecho Penal*. Universidad País Vasco-Instituto Vasco de Criminología, 1986, pág. 463 y siguientes.

10.- Con fecha 27 de Enero de 1984, fue aprobado y ratificado por España el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho

sentido la precisión del artículo 18-4º de la Constitución debe ir acompañada de los controles precisos para que sea efectivo. Especial relevancia merecen los hechos delictivos cometidos por los gestores de la cosa pública, los funcionarios, supuestamente los primeros encargados de velar por la aplicación de la Ley. Un tercer grupo debe estar constituido por la protección de los derechos civiles y políticos y paralelamente por el ataque a los principios en que se asienta la Sociedad; un cuarto grupo por la defensa de derechos sociales y comunitarios y que vienen a constituir un nuevo núcleo alrededor del cual se vertebran nuevas figuras delictivas que vienen a tener de común la exteriorización de una insolidaridad y un egoísmo frecuentemente ejercido desde instancias de fuerte poder económico: delitos contra los derechos de los trabajadores, salud pública y medio ambiente y en general todos aquellos delitos cometidos con abuso de persona jurídica formalmente interpuesta pero respetando siempre el principio de personalidad del sujeto infractor¹¹.

Finalmente hay que señalar el conjunto de delitos cometidos contra la propiedad, principalmente robos, bien por medio de violencia o intimidación, que vienen a constituir el núcleo de la delincuencia que absorbe la mayor parte de los esfuerzos del aparato judicial y policial.

No se puede olvidar que esta actividad delictiva es la más emocionalmente instrumentalizable en clave de seguridad ciudadana y en donde más se evidencia con frecuencia que el delito es también la consecuencia de un fracaso de las estructuras sociales extramuros del Código Penal y que la sola vía represiva no es ni debe ser la única ni la más idónea.

En segundo lugar, un Derecho Penal respetuoso con los Derechos Humanos debe aparecer fundado en el *principio de culpabilidad*, bien a título de dolo o de negligencia, con interdicción de los supuestos de responsabilidad objetiva, y al mismo tiempo el objeto de enjuiciamiento debe ser el hecho delictivo —Derecho Penal del hecho— frente al Derecho Penal de autor, por el riesgo de introducir como fundamento del *ius puniendi*, difusos conceptos como el de peligrosidad del sujeto y otros análogos que pugnan contra el derecho a la seguridad de las personas, al fundarse aquéllos en juicios de valor sobre hipótesis futuras. Es la conducta concreta lo que debe valorarse, no la personalidad del sujeto. Por ello el Derecho Penal es un concepto esencialmente individualizado.

Especial importancia tiene el *principio de legalidad* en los mismos aspectos en que se diversifica: 1º) *Garantía criminal*, que exige la previa descripción del tipo con anterioridad a su comisión y con interdicción de la retroactividad.

en Estrasburgo el 28 de Enero de 1981 y publicado en el B.O.E el 15 de Noviembre de 1985. En dicho Convenio se establece en el artículo 6 que “los datos de carácter personal que revelan el origen social, las opiniones políticas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud, o vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea las garantías adecuadas. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referente a condenas penales”.

11.- En este sentido el artículo 15 bis del Código Penal, tras la reforma urgente y parcial. Referencias a medidas a adoptar respecto de empresas existen varias en la parte especial del Código Penal, por todas ellas, basta la cita del artículo 344 bis d) tras la reforma de la Ley 1/88 de 24 de Marzo.

2º) *Garantía penal* —que desenvuelve idéntico aspecto en la materia de imposición de penas. Importancia tiene la determinación de los fines que deben inspirar la aplicación de las penas, singularmente privativas de libertad.

La conexión del derecho Penal con los Derechos Humanos, y en concreto con los del delincuente, debe llevar a la conclusión de que junto con los tradicionales principios de *retribución* y *prevención* general y especial en que se fundamenta el *ius puniendi*, debe colocarse el de *reinserción o integración social* que de forma creciente, debe de ir incrementando su importancia a costa de los otros dos. Ello supone un freno a la tendencia a ampliar los márgenes de la criminalización y sanción de unas conductas, y al mismo tiempo al reconocimiento de que la respuesta penal no es siempre la única ni la mejor. Como se decía más arriba, en la existencia de unas estructuras sociales injustas está en ocasiones la causa próxima de la cual la delincuencia es sólo una consecuencia. Por ello la actuación pública a través del Ordenamiento Penal debe tener un aspecto secundario, y no convertirlo en fuente de una marginación social mayor. Como dice gráficamente García de Pablos, el incremento de Jueces y de condenas penales es igual a más presos pero no equivale necesariamente a una disminución de delitos, fin al que debe tender una política criminal acertada.

Debe resaltarse la exigencia de *moderación* en la posible agravación penal por el pasado histórico penal del sujeto. En este sentido parece claro afirmar que pugna con toda idea de proporción o equilibrio que los antecedentes del penado puedan suponer una exasperación de la pena igual o superior a la que hubiera correspondido al sujeto sin esos antecedentes.

Ha supuesto un evidente alivio la actual redacción del art. 61-2º del Código Penal, que permite en caso de concurrencia de una agravante la aplicación de la pena en el grado medio o máximo, lo que posibilita al Tribunal la acomodación de su valoración agravatoria de una manera menos rígida que en la redacción anterior. No obstante, sería preciso profundizar más en esta idea hasta el punto de estimar la reincidencia como algo periférico respecto del enjuiciamiento de presente y por lo tanto de escaso valor penológico¹².

3º) *Garantía jurisdiccional*, cuya más reciente manifestación es la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de Julio de 1988 recordando el viejo y capital principio de la dualidad entre Juez Instructor y Juez que falla.

4º) *Garantía penitenciaria*, relativa a la efectiva judicialización del cumplimiento de las penas y que constituye una manifestación del principio Constitucional contenido en el artículo 117 “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”. Control judicial que debe velar para que la *vocación* resocializadora de las penas —artículo 25-2º— privativas de la libertad sea efectiva, de suerte que si con anterioridad a la Constitución Española, la consecución de un derecho penal menos represivo y más humanitario fue una aspiración de la doctrina en general, ahora, y por virtud

12.- Adela ASUA. *La Reincidencia*. Universidad de Deusto, 1982, pág. 460. Se muestra más radical postulando incluso la libertad del Tribunal para apreciar o no la reincidencia según los casos.

del citado artículo sí existe un limitado pero claro mandato constitucional de tipo positivo-tendencial en el sentido de que la ejecución de las penas privativas se efectúe de modo que se encuentren orientadas, esto es, permitan o favorezcan la futura integración social, lo que a sensu contrario constituye una clara orden negativa por la que resulta inconstitucional la *eliminación* de esa vocación resocializadora¹³. Una situación de este tipo, una concreta aplicación de pena privativa de libertad que desocialice al interno, y que le suponga un obstáculo a su integración futura no sólo sería claramente inconstitucional sino que supondría un atentado a los Derechos Humanos del preso, pues además de la legítima limitación de un derecho, a la libertad, habría un plus agravatorio del que resultaría afectada su personalidad y su socialidad sin legitimación alguna. Resulta obvio añadir que el control del cumplimiento de la pena privativa de libertad está judicializado y otorgado a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, quienes en virtud de sus inabdicables funciones de control, caso de constatar en un Centro Penitenciario esa pérdida efectiva de la vocación resocializadora, podrían y deberían acordar el traslado de los internos a otros centros, y a su vez, los internos podrían instar la tutela de la salvaguarda de esa posibilidad resocializadora incluso a través del Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional y ya que la misma se encuentra recogida en la Sección Primera del Cap. II, Título I de la Constitución¹⁴.

Finalmente, la quinta manifestación garantista del principio de legalidad está constituida por la *garantía legislativa* y se integra por la reserva de la Ley Orgánica que deben revestir todas las normas que supongan limitación de los Derechos Humanos de las personas —artículo 81 de la Constitución Española—.

En relación al rol que la *víctima del delito* debe tener en un derecho penal respetuoso con los derechos de los ciudadanos, no debe olvidarse que, en primera instancia, es la víctima, sujeto pasivo de la acción delictiva, la más lesionada en su integridad o en su patrimonio y si la pena trata de saldar por vía de la retribución resocializadora la deuda del delincuente con la sociedad, la reparación a la víctima es el medio de neutralizar los efectos del delito, y sin embargo, tal vez por una concepción excesivamente pública del Derecho Penal, es un capítulo que tradicionalmente ha quedado relegado a un plano secundario.

De hecho, el estudio del Derecho Penal se ha venido efectuando primero sobre la concepción bimembre delito-pena para pasar —con las aportaciones de la escuela positivista— a la trilogía delito, pena, delincuente. Es llegada la hora de añadir en riguroso plano de igualdad a la víctima, como parte esencial del estudio del Derecho Penal, y de reconocerle su importancia como primero y principal sujeto pasivo de la actividad delictiva.

La relativamente reciente importancia de la víctima del delito se patentiza con la creación de la Sociedad Internacional de Victimología y la celebración de simposiums internacionales a partir de 1973, que han ido creando un estado de

13.- Sobre el tema de la desocialización en las cárceles: Francisco MUÑOZ CONDE. "La desocialización del delincuente", *Revista 1ª Instancia*, núm. 3.

14.- En este sentido se pronuncia la sentencia de 28 Febrero 1983 de la Audiencia Provincial de Bilbao.

opinión cuya última concreción puede ser la declaración del último Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente celebrado en Milán en Agosto de 1985, según la cual y a propuesta de la citada Sociedad de Victimología se aprobó que “Si la Sociedad debe respetar y desarrollar los derechos fundamentales del delincuente, también y no menos debe respetar y desarrollar los derechos fundamentales de la víctima de los crímenes y de las acciones que causen daños físicos, psíquicos o económicos comparables a los producidos por los delitos”. De obligada cita es también la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de Junio de 1985 sobre la posición de la víctima en el marco del derecho y del procedimiento penal¹⁵.

En una doble dirección debe desarrollarse el estudio de la víctima en el Ordenamiento Penal. En primer lugar, propugnando un programa de restitución del delincuente a la víctima y subsidiariamente en los casos más graves a través del propio Estado¹⁶; y en segundo lugar, dando mayor relevancia a la decisión de la víctima, en los casos de pequeña delincuencia, en orden a continuar o no con la acción penal, o a atemperar la sanción a imponer; en este sentido puede pensarse en una redefinición de la atenuante de arrepentimiento espontáneo del artículo 9 párrafo 9º, que liberándola de los actuales requisitos temporales en una proyección más reparadora y por tanto más objetiva y constatable, permita conceder una eficacia en el campo jurídico penal a la reparación de la víctima y al perdón al ofensor. De esta manera, la política de incentivar la reparación por parte del delincuente a su víctima, además de propiciar un diálogo, hoy inédito entre el autor del hecho y su víctima, sumamente enriquecedor en orden al recíproco conocimiento de ambos como ciudadanos de una misma sociedad, propiciando procesos individuales de reflexión que ayuden a una mayor vertebración de las relaciones sociales en clave integradora, puede convertirse en una eficaz política que permita una despenalización de los pequeños delitos de escasa trascendencia, pero que sin embargo tienen anegada la actividad judicial.

15.- En esta misma línea puede citarse el programa para un Nuevo Orden Internacional-Nacional de Justicia penal elaborado por el Comité de prevención y control del crimen de Naciones Unidas en Marzo de 1984 uno de cuyos puntos manifiesta “que la compensación de las víctimas debe ser regulada y hacerse efectiva en todo caso y señaladamente en los delitos derivados de las diversas modalidades del poder”. Manuel LOPEZ REY y ARROJO. *Compendio de Criminología de Política Criminal*. Editorial Tecnos, 1987, pág. 167.

16.- El único caso contemplado en la Legislación Española está constituido por las indemnizaciones acordadas por daños corporales causados a consecuencia o con ocasión de hechos terroristas que se contenía en la Ley Orgánica 9/84 de 26 de Diciembre de Bandas Armadas en su capítulo IV, artículos 24 y 25. Las reparaciones económicas dadas por la Administración a las víctimas del síndrome tóxico y de la explosión de las escuelas de Ortuella-Vizcaya son dos actividades puntuales que también son dignas de citar.

En Derecho extranjero la creación de Cajas de Indemnización a las víctimas está contemplada en la Ley de Libertad y Seguridad de 2 de Febrero de 1981, que motivó la reforma del Código Procesal Francés por Ley de 8 de Julio de 1983 reformando el artículo 706, Ley Italiana de 1981 y Código Penal Portugués de 1982.

III.- CONCLUSION

Los Derechos Humanos constituyen hoy, en frase del Profesor Dupuy, una antropología abierta frente a la defensa de los clásicos derechos y libertades civiles y políticos, surge hoy una nueva generación de derechos de tipo económico, social y cultural que tienen una clara incidencia en la *calidad* de la vida individual y colectivamente entendida. No son meras reivindicaciones éticas y culturales, sino que es una proyección superadora en las sociedades avanzadas de los derechos básicos contenidos en la Declaración de Derechos Humanos, ya que en definitiva el reconocimiento del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la no discriminación, etc., viene a ser inseparable de la creación de unas condiciones de vida que permitan el desarrollo integral de la persona en clara vocación de futuro.

En este sentido, la defensa del medio ambiente, del derecho a la no contaminación, a la no difusión de los datos almacenados en procesos informáticos es otra forma de defensa del derecho a la vida o del derecho a la intimidad, allí donde el desarrollo tecnológico le pone en peligro¹⁷.

Este mismo carácter abierto debe tener el Ordenamiento Jurídico al constituir una urdimbre normativa que debe permitir y facilitar la convivencia mediante el desarrollo integral de las personas que componen el grupo social.

Por lo que se refiere al Derecho Penal, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, toda actividad de esta rama jurídica, singularmente en su fase judicial y penitenciaria debe responder a una triple orientación rectora: a) Tiene que ser una actividad razonable —Principio de Razonabilidad—; b) Tiene que ser una actividad reparadora —Principio de Indemnización—; y c) Tiene que ser una actividad rápida —Principio de Eficacia Temporal—.

El concepto de “razonabilidad” tiene contornos ciertamente difusos e indeterminados, contingentes y válidos en determinadas coordenadas culturales y temporales, pero tampoco puede olvidarse que el enjuiciamiento es una actividad esencialmente individualizadora, y por tanto no susceptible de reducción a planteamientos matemáticos.

Lo razonable es un “prius” dentro del respeto al principio de legalidad con un anclaje en la Sociedad concreta, es la elección de la norma y de la sanción dentro de los márgenes del Código atemperándola en un juicio de presente individualizado; existen en el Código Penal preceptos que permiten vertebrar este principio de razonabilidad en cuanto a la pena tales como los artículos 52, 61-4º, 61-5º y 66 en la parte general, y otros en la parte Especial.

Esta actividad razonable está directamente conectada con la necesidad de una humanización de toda la praxis penal¹⁸.

17.- Sobre el tema del medio ambiente, deben consultarse las Ponencias y conclusiones de las Jornadas organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, los días 29, 30 de Septiembre y 1 de Octubre de 1988.

18.- Sobre el principio de Humanización. S. MIR. *Derecho Penal*. Promociones Publicaciones Universitarias, 1984, pág. 76 y siguientes.

Consecuencia de ello es la naturaleza de resolución *fundada* —razonada y razonable— con cumplimiento del mandato constitucional —artículo 125— que no es más que una salvaguarda del derecho de todo ciudadano a saber *por qué* se le condena, es decir por qué se le priva de ciertos Derechos Humanos¹⁹ y lo anteriormente dicho vale para la fase de ejecución penitenciaria.

En relación a la actividad reparadora debe vigorizarse su relevancia como medio de incrementar el protagonismo de la víctima en el conflicto penal, con diseño de una posible vía despenalizadora *intra processum* mediante la relevancia del perdón del ofendido en la pequeña delincuencia.

Por esta vía pueden obtenerse dos resultados: a) la salvaguarda del derecho prioritario a que la víctima obtenga a todo trance una adecuada reparación, lo que debe constituir una prioridad en todo diseño de política criminal fundada en los Derechos Humanos y b) el protagonismo de la víctima, como medio de frenar el excesivo del Código Penal, con la consiguiente ventaja de aligerar los órganos judiciales de la pequeña delincuencia. Es un redescubrimiento del principio “*mínima non curat praetor*” frenándose el carácter excesivamente público que hoy mantiene al Derecho Penal en el área de los sistemas jurídicos tributarios del Derecho Romano, permitiendo sistemas extrajurídicos de autocomposición. Esta sería una eficaz forma de despenalización dentro del ámbito del proceso, y que podría coexistir con la descriminalización de conductas que operaría en la órbita del derecho sustantivo, reduciéndose el repertorio de incriminaciones a aquello que sea estrictamente indispensable para obtener y garantizar un nivel aceptable de bienestar social, como afirma Jiménez Villarejo²⁰.

Y finalmente en relación a la *Rapidez* en materia penal, el requisito temporal de que el enjuiciamiento sea rápido o por lo menos próximo es una máxima que se conecta con el Derecho a una tutela efectiva y a un juicio sin dilaciones y esto como exigencia que demandan los *tres protagonistas* del proceso penal: La sociedad, representada por el Ministerio Fiscal y que exige su reparación a través de la pena, la víctima que quiere su indemnización y el propio acusado.

Cuando ha transcurrido excesivo tiempo entre la ejecución del hecho y su enjuiciamiento, el fin de prevención general al que supuestamente debe responder

19.- Enrique RUIZ VADILLO. Resumen del Informe de síntesis sobre “Reforma Penal y Despenalización” de las III Jornadas Italo-Luso-Franco-Españolas de Defensa Social celebradas en Aix en Provence del 29 de Septiembre al 2 de Octubre de 1982. Asimismo, la ponencia presentada por el mismo autor en las indicadas Jornadas “La Descriminalización y la Reforma Penal” en la *Revista Poder Judicial*, 1ª Epoca, nº 5.

Sobre el deber de motivación Enrique RUIZ VADILLO. “Algunas consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias”. *Poder Judicial*, 2ª Epoca, nº 3 y Jesús FERNANDEZ ENTRALJO. “La Motivación de las resoluciones Judiciales en el proceso penal. Doctrina del Tribunal Constitucional, Revista *La Ley*, 1281 de 16 de Octubre de 1987.

20.- José JIMENEZ VILLAREJO citado en el resumen del Informe de síntesis ya expresado en la nota anterior.

la pena se pierde en su valoración social. La víctima estima su citación a juicio como un desagradable recordatorio de un pasado lejano que sólo quiere olvidar y que desde luego ninguna ventaja le reporta, y para el acusado, si ha continuado con su actividad delictiva, una anécdota ya casi borrada, y si por el contrario no ha cometido más delitos, una pesadilla y una zozobra injustificada que se quiere olvidar. Para el Tribunal, la situación de juzgar un hecho pasado, pero desde una situación de presente que tal vez ya no tiene nada que ver con aquel hombre que delinquiró años atrás. Para la Administración un dispendio de medios personales y materiales que debieran utilizarse en asuntos de mayor importancia.

Obvio resulta añadir que rapidez no quiere decir absoluta inmediatez ni pérdida de serenidad y distanciamiento de los hechos que se requiere para juzgar sin apasionamiento.

Como se afirma en los principios rectores para la formulación de un nuevo orden institucional y nacional de justicia penal elaborado en 1984 por las Naciones Unidas²¹, “el sistema penal es no sólo un sistema de control, intimidación y sanción, sino también de logro de un desarrollo más equitativo en todo aspecto”.

Tal afirmación supone el reconocimiento de que el sistema penal no es un fin en sí mismo, sino un medio para la consecución de una sociedad más justa, más tolerante y más libre, centrada en el hombre y su desarrollo. Ciertamente es importante que la legalidad formal responda a estas exigencias, pero es absolutamente prioritario, que la misma sea aplicada por la Administración y por los Organos Jurídicos. Este es el reto, siempre inacabado y por tanto la utopía necesaria que debe marcar el norte de toda actividad judicial.

21.- Manuel LOPEZ REY y ARROJO. *Compendio de Criminología y Política Criminal*. Editorial Tecnos, 1987, pág. 168.