

Interesante el artículo **El “balanceo peligroso”** de L. Rodríguez Ramos, Catedrático de Derecho penal y abogado (ABC, 14.03.2018).

Recuerda el autor que la **“sentencia del Tribunal de Estrasburgo condenando a España por haber castigado penalmente a los autores de la quema de la foto de los Rey se ha sumado a los votos particulares de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Constitucional emitidos en el mismo sentido cuando resolvieron los previos recursos relativos a este caso, supuesto en el que se plantea un conflicto de derechos entre la libertad de expresión e ideológica, por una parte, y el debido respeto a los símbolos del Estado y de la Nación española.”**

Resultan sin duda gratificante esos votos. En el fondo todos sufrimos en mayor o menor medida la alienación de creer que “nuestra tribu” es la de los buenos. Esos votos son los que, ante el TEDH, nos permiten salvar el honor de una justicia que con frecuencia, no se si creciente o mantenida, recibe de él sucesivos varapalos porque no acaba de entender, la mayoría de sus más egregios miembros, qué son los derechos fundamentales. Sin duda la Libertad es el fulcro en el que descansa la esencia del ser humano. Sin ella el hombre, varón o mujer, es nada; simplemente no existe. Mejor dicho, está empezando a existir: se llaman robots; ¿y robotas?

Comenta el autor que **“en todo conflicto de derechos o de intereses los tribunales tienen que acudir al denominado “balanceo”, es decir, a poner cada uno de los bienes en conflicto en sendos platillos de una balanza, para ver cuál de los dos “pesa más” y, por lo tanto, debe prevalecer sobre el otro que, por ser menos relevante, ha de sacrificarse en aras del prevalente”**, aunque más que balanceo quizá hubiera sido lo correcto decir “equilibrio”.

Lo que tiene que hacer la justicia para atender lo que se le pide es compensar la injusticia recibida: No tiene que sacrificar nada. Si presunta es la inocencia, presunta es también la justicia que se demanda y deberá ser cierta la que se recibe, mucho más allá que la justicia formal, que en muchos casos es todo lo que se nos da, cuando no con lo que se nos trata injustamente.

Señala el autor que **“al ser los derechos en conflicto “inmateriales”, es decir, realidades no captables por los sentidos, el “juicio de balanceo” es una metáfora, convirtiéndose en un juicio de valor que tiene un carácter más voluntarista que racional, al depender de la escala de valores que cada juzgador haya elegido”**, precisión con la que estando de acuerdo en la idea no lo estoy con la expresión.

Los derechos son conceptos reales que tienen un fundamento real. Un asesinato tiene una identificable base real perfectamente diferenciable de un simple homicidio. Eso distingue los conceptos reales de los irreales. Estos son puras creencias en lo que no vemos, aunque nos empeñamos en afirmar que existe.

Los derechos son, por tanto, una realidad que se aprecia por los sentidos en los que se basa la razón. A la hora de valorarlos ejecutamos un proceso real en el que utilizamos la regla de medir jurídica que nos hemos dado. Discrepo también en la oposición de conceptos que se deduce de la afirmación de que **“un juicio de valor es más voluntarista que racional.”** El voluntarismo, que se presume que es el de querer medir bien, es íntegramente racional y no por presumir su existencia disminuye ni en un ápice la racionalidad que es exigible en la valoración. Ésta no es más que una medida, aunque con una regla que tiene cierta imprecisión. Pero todos al usa nuestras reglas, aunque estén en centímetros apreciamos a ojo los milímetros y si están en milímetros apreciamos las décimas si somos profesionales expertos.

Lo que no entiendo es su lamento cuando valora que **“por desgracia la libertad de expresión relativa a asuntos públicos se viene sobrevalorando en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en detrimento de los símbolos nacionales”**. Hay un implícito tono negativo en la expresión “sobrevalorando”. La misma frase se hubiera podido escribir en tono positivo y así no cabría la queja, sino la satisfacción, lo que siempre crea buen ambiente: **“Es satisfactorio ver que la libertad de expresión, sobre todo la relativa a asuntos públicos se viene valorando más por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que los símbolos nacionales”**.

Pero la queja no es porque se valore más sino porque se valor en exceso, como precisa cuando añade: **“una cosa es que la quema de la imagen del Rey -Jefe de Estado- no deba castigarse con penas desproporcionadas, como si de un crimen de lesa majestad se tratara, y otra muy distinta que con penas proporcionadas, como el caso, se castiguen las injurias al Jefe del Estado de palabra o mediante hechos ofensivos”**.

Parece claro que la libertad es una realidad que constituye la esencia del ser humano. La distinta valoración entre la libertad y un símbolo, debe ser claramente superior, ¿podríamos decir infinita?. Porque unos retratos, aunque estén cabeza abajo, son un mero símbolo de algo, la Jefatura del Estado, que es otro mero símbolo de algo, el Estado, que representa, nuevamente otro mero símbolo de algo, a cierto colectivo de personas, momento en el que volvemos a encontrar la realidad, bien lejana al símbolo.

Aún entonces habría que considerar si esas personas son ciudadanos, es decir libres electores de sus símbolos, o son súbditos a los que se les impone estar representado por un símbolo que no han elegido. Sobre ese asunto el TEDH pasa de puntillas, se supone que no ha sido parte de la cuestión propuesta, ciñéndose al ámbito de la justicia rogada.

Es prudente no darle la espalda a la realidad. Se la debe sobrevalorar porque tiene más valor que lo simbólico, aunque recordemos lo que dice S.J. Lec, un ingenioso polaco: **“¿No darle espaldas a la realidad? Pero, ¿y si la realidad nos rodea por todas partes? ¡Vaya por Dios!”**

Entre el daño real, privar de libertad al ciudadano, ¡incluso al súbdito!, que no por serlo deja de ser un ser humano, y el daño simbólico, al símbolo, del símbolo, del símbolo, que quizá al final no simboliza nada, parece que la disyuntiva es clara. Porque era ridículo se ilegalizó el duelo. Los “simbolistas” no eran más que unos pendencieros de epidermis fina a los que aquella sociedad, ¡cielo santo qué sociedad!, les obligabas a ser asesinos para defender el símbolo.

El autor, sin embargo, tiene otra opinión: **“resultando un argumento inválido que no se esté atentando contra la persona del Rey sino realizando una “crítica” a una autoridad, aunque sea la que simboliza a todo el país”**. ¡Pues claro!; ¡de eso se trata! Hemos recuperado una dosis de libertad hartamente menguada. Ha dejado de ser delito la blasfemia contra Dios, aunque se reinventa como delito de odio, que eso sí que es irreal, no parece coherente inventar la blasfemia contra el Jefe del Estado; que todos no son más que un mindungui tan contingente como nosotros aunque él, mirándose en el espejo de la madrastra de Blancanieves, aun no haya recibido la verdadera respuesta que sabe que es cierta. Si no, no necesitaría recibir tantas falsas.

Estamos de acuerdo con el autor que **“las críticas se pueden y se deben hacer civilizada, racional y respetuosamente”**. Y así se hace. A quien infringe una norma de

urbanidad y buenas costumbres la gente bien educada le rechaza por no serlo. Si hay rechazo social por lo actuado, ese sufrirá cuando se sepa su comportamiento. ¡Y puede ser muy duro!

El argumento de que esa crítica se debe realizar **“sin infringir la ley penal el motivo de la crítica e, incluso, el por qué el Jefe del Estado no merecería seguir siéndolo, bien por sus actos u omisiones, bien por no compartir que la forma de Gobierno sea la monarquía”** sería correcto si la ley penal debe sancionar las faltas de urbanidad y buenas costumbres que rigen la convivencia cotidiana en lo menudo. No hay proporcionalidad en matar conejos a cañonazos. La sanción penal debe seguir siendo la última ratio. La sanción social puede llegar a ser muy dura - el ostracismo es su culmen - si es que existe un rechazo social por ese comportamiento.

Ahora bien, si no existe un rechazo social casi unánime, ¿cómo se pretende imponer una sanción penal? Grandes porcentajes de la población, ¿quizá hasta la mayoría?, no ven ahí delito. ¿Es racional una sanción penal por algo que quizá a la mayoría le pareciera digno de aprecio?

Y aún si nos invadiera un justiciero ánimo sancionador, lo cual no es nada recomendable en ningún caso, hay una instancia intermedia: la falta administrativa leve por **desprezar los símbolos**. Eso fue todo lo que ocurrió; no un **atentado contra las personas simbolizadas**. Desprecio y atentado son conceptos diferentes que no procede confundir.

Coincidimos con el autor en su rechazo a la sacralización de la realidad, pero cuando dice **“no se puede sacralizar un derecho fundamental como la libertad de expresión, liberándola de los límites que marcan los derechos colectivos o públicos con los que pueda entrar en conflicto, cuando se pueda y deba ejercitar por cauces legales soslayando el conflicto”** la libertad de expresión, el diálogo hizo al hombre (mujer o varón) no se debe sacralizar; basta protegerlo. Su petición argumental es que el “respeto a los símbolos, de los símbolos de los símbolos” pase de su sanción social, como un quebranto a la urbanidad y buenas costumbres, y se transmute en un delito con su sanción penal. Como decían los escolásticos: **“negó prima”**, con lo que la conclusión de su silogismo se esfuma.

Concluye el autor afirmando que **“quemar la imagen del Rey no es criticar al Jefe del Estado sino ofenderle intencionadamente, a él y de paso a toda la nación y a los ciudadanos civilizados, que se sienten también ofendidos cuando queman su bandera”**. Sin duda él se siente representado civilizadamente por el Jefe del Estado, siente en él una ofensa que no existe, porque solo existe un rechazo y un desprecio por esa Jefatura del Estado que le dio Franco, que además le otorgó el título de Rey con una legitimidad más que cuestionable.

No parece que sea muy legítimo su derecho si analizamos **la realidad que nos rodea**. Su “legalidad”, porque carece legitimidad, la que tiene el Jefe del Estado actual, “la creó Franco” a sangre y fuego tras una guerra y una dictadura cruentas destinadas a acabar con la libertad que ofrecía una república democrática asumida por todos los españoles de modo libre y pacífico.

Perdida la II Guerra Mundial Hitler y Mussolin que le permitieron acabar con la libertad democrática y republicana, Franco se quedó solo. Para salvar su estado fascista convocó un referéndum en plena represión, 1946, que fue votado, supongo que por unanimidad; no creo que sus presos políticos republicanos que le estaban construyendo la basílica de Cuelgamuros tuvieran derecho a votar.

Así convirtió a España en un Reino del que él sería regente vitalicio, para eso era Caudillo de España por la Gracia de Dios arrogándose el derecho de nombrar rey al que

quisiera, con la única condición de que descendiera de una familia real. ¿Qué hay de respetable en todo eso que se niega, se oculta para que se sobrevalore sí **“la realidad que nos rodea”**, como decía Lec? El papá del Jefe del Estado juró que seguiría privándonos de la libertad aplicando aquellas leyes. Ésa es la falta de legitimidad que tiene alguien que nunca fue elegido ni permite que se le elija.

Dios, omnipotente, omnisciente y misericordioso hasta el punto de sacrificar la vida de su hijo que bajo a la tierra para redimirnos, nos hizo libres. Absolutamente libres. “Su” iglesia, pendenciera, erizó de púas ese terreno de libertad que es nuestra vida terrenal. Dios sólo dice que podremos sufrir un castigo eterno si no usamos bien nuestra libertad ¡pero en la otra vida!

Y no olvidemos que aún ese castigo está en entredicho porque, como nos recuerda D. Juan Tenorio **“un punto de contrición da al hombre la salvación”**. Eso es algo natural dado que Dios es infinitamente justo, pero también infinitamente misericordioso. Sólo será **“condenado por desconfiado”** el que pierda la fe, como nos recuerda Tirso.

Recordemos que ni Dios, ¡omnipotente!, se atrevió a privarnos de la libertad. No le enmendemos la plana; **no sembremos de sanciones este valle de oportunidades, esa realidad que nos rodea**, en palabras de Lec. No es un valle de lágrimas, eso dicen los pesimistas. Se debe promover el ejercicio de la libertad intrínseca a nuestra condición de hombres (mujer o varón) o si se prefiere de personas (mujer o varón), educando a todos para convivir con el más delicado respeto a las normas de urbanidad y buenas costumbres que cada uno desarrolle. Además hasta lo ordena el art. 9.2CE78: **Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.**

Un alguacil recibió una bofetada cuando en nombre del juez pretendió cobrar unos impuestos y le argumentó, exigiendo una sanción ejemplar que al darle en su cara se la estaban dando en la cara al juez. Éste, muy tranquilo, dijo: **“ahí me las den todas”**. Luis XVI diría lo mismo.

Dejemos que el Código Penal siga siendo la **última ratio** en la gestión de la convivencia.