

4. CRIMINOLOGIA

4.1

PROTAGONISMO DE LAS VÍCTIMAS EN LA EJECUCIÓN PENAL

(Hacia un Sistema Penitenciario Europeo)

ANTONIO BERISTAIN

Dedicatoria:

A todas las personas privadas de libertad.

*A los funcionarios penitenciarios,
víctimas del terrorismo de ETA,
con profunda empatía trágica.*

*También a los victimarios,
con fraternal esperanza de metanoia.*

SUMARIO: 1. Atendamos a Abel más que a Caín – 2. Finitud y culpabilidad: tenemos las manos manchadas – 3. La reparación a las víctimas atenúa la sanción: abrevia la privación de libertad – 4. La satisfacción de las responsabilidades civiles a las víctimas como llave para la suspensión de la ejecución de la sanción privativa de libertad – 5. ¿Deben las víctimas mediar en la *Sentencing*? – 6. ¿Evitar el desarraigo social de los condenados por terrorismo? – 7. ¿Intervienen las víctimas en las alternativas a la prisión? – 8. ¿Pueden las víctimas “entrar” en la prisión? – 9. ¿Juez de Vigilancia *versus* Director de Recursos Humanos de las Víctimas? – 10. Estadística de víctimas de los diversos delitos en España – 11. A modo de miniconclusiones, desde Francia.

Resumen: Se atiende a Abel más que a Caín, se pide perdón a las personas privadas de libertad y a las víctimas por las desatenciones de la justicia del año 2000, se comenta el parco papel que las víctimas juegan y el mucho mayor que deberían jugar en la ejecución de las sanciones privativas de libertad, en cuanto que:

- las atenúan y/o las suspenden, si hay reparación del daño, y/o si hay mediación, conciliación, reconciliación,
- las sustituyen por sanciones alternativas: arresto en fines de semana, trabajo en favor de las víctimas y de la comunidad,
- y las humanizan, pues se “introducen” en la prisión para reconciliarse con los victimarios.

Se pide un “Director de Recursos Humanos de las Víctimas” como complemento del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Palabras clave: Atenuantes victimológicas – Consejo de Europa – Fábricas de capital humano – Naciones Unidas – Prisión *recreadora* – Protagonismo de las víctimas *indirectas* – Recursos Humanos – Reparación – *Sentencing* – terrorismo.

1. Atendamos a Abel más que a Caín

Europa logrará la utopía que todos deseamos cuando y en tanto en cuanto sus instituciones penitenciarias sean verdaderamente humanas y fraternales. Las respuestas que demos a quienes infringen las normas penales importan más que el Euro como moneda única. Nuestras prisiones europeas –salvo excepciones aisladas– están pidiendo a gritos una reforma radical, como lo muestran, por ejemplo, los 20 números del *Penological Information Bulletin*, del Consejo de Europa, y recientemente el *Bulletin d'Information Pénologique*, n. 21, dirigido por Wolfgang Rau. Quienes pensamos y trabajamos en este campo debemos reunirnos para estudiar a fondo las coordenadas de un mejor Sistema de Prevención y Readaptación Social y, sobre todo, de algo mejor que nuestro actual Sistema Penitenciario (Gustav Radbruch). Sin duda las prisiones europeas son menos pobres que las del tercer mundo, pero probablemente son también menos humanas.¹

En el ámbito penitenciario de la Unión Europea hemos estudiado poco el papel de las víctimas. Hasta hoy nos hemos preocupado unilateralmente de los seguidores de Caín, pero nada o casi nada de los herederos de Abel. A éstos hemos de prestarles más atención científica. Aunque parezca imposible, algunas leyes penitenciarias en Europa, como la española Ley Orgánica General Penitenciaria del 26.09.1979 y su Reglamento de 09.02.1996, lamentablemente dedican poquísimas palabras en atención a las víctimas de la criminalidad. Olvidan que ya desde finales del siglo XIX los Congresos penitenciarios en diversas capitales europeas (Londres, 1872, Estocolmo, 1878, Roma, 1885, San Petersburgo, 1890, Amberes etc.), se preocupaban del problema de la necesaria reparación a las víctimas del delito.²

Ahora deseo formular algunas reflexiones acerca de las víctimas como columnas básicas –alfa y omega– del Derecho penitenciario europeo. Considero preferible referirme a las víctimas en plural, no en singular. Así nos hacemos cargo también de las víctimas *indirectas*, a las que tantos penitenciaristas, capellanías de las diversas religiones,³ Jueces, Tribunales y medios de

(1) Cfr. José Luis Pérez Guadalupe. *La construcción social de la realidad carcelaria. Los alcances de la organización "informal" en cinco cárceles latinoamericanas: Perú, Chile, Argentina, Brasil y Bolivia*, Lima : Editorial Obispado, 2000, p. 436; Julio Andrés Sampedro, "Apuntes sobre la resocialización en el sistema penitenciario colombiano", *Eguzkilore*, n. 12, extr., San Sebastián, 1998. p. 107 y ss.

(2) Cfr. Myriam Herrera Moreno. *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Madrid : Edersa, 1996. p. 79 y ss.

(3) Cfr. S. J. Philippe Landenne. *Résister en prison. Patiences, Passions, Passages...*, Bruselas : Lumen Vitae, 1999. p. 212-232.

comunicación olvidan, como si no existieran. Trataré casi exclusivamente de España, pero dentro del marco europeo.

2. Finitud y culpabilidad: tenemos las manos manchadas

En los *II Encuentros Penitenciarios de Euskadi*—diciembre del año 1992— se reunieron, un fin de semana, en el Balneario de Cestona (Guipúzcoa), treinta funcionarios de Instituciones Penitenciarias del País Vasco—del establecimiento de Basauri, de Martutene y de Nanclares de la Oca— para, mirando al futuro, programar unas acciones conjuntas, para “ganar el respeto del preso, no su temor”. A la última sesión, la mañana del domingo día 13, nos invitaron al Presidente de la Audiencia de San Sebastián y a un par de personas más para dialogar públicamente con nosotros acerca de lo que habían discutido y concluido. Cuando me llegó el momento de intervenir, alabé sinceramente el contenido y el estilo de las ocho o diez conclusiones que habían formulado, pero les propuse que añadiesen una, cuyo texto sería poco más o menos así: “Nosotros, conscientes de nuestra finitud y culpabilidad, en el sentido que indica Paul Ricoeur, reconocemos, ante las personas privadas de libertad por sentencia judicial, que tenemos las manos manchadas (Sartre). Les pedimos que perdonen tantas limitaciones y deficiencias estructurales y personales”.

Tras unos minutos de discusión, fue aceptada mi propuesta. La recuerdo y la reitero ahora porque la estructura de las instituciones privativas de libertad es necesariamente “culpable” y nos mancha las manos a todos los que trabajamos en la teoría y en la praxis de tales sanciones, de tales “amargas necesidades”. Las prisiones del siglo XXI deben ser realmente fábricas de capital humano, repersonalizadoras. Por esto, tenía razón el condenado en el corredor de la muerte, de que habla la Sister Helen Prejean en su libro *Pena de muerte*,⁴ cuando le dijo a un capellán—no a todos los capellanes—de la institución: “Mira, tío, tú recibes un sueldo de esta gente, trabajas para esta gente y estás de acuerdo con la pena de muerte. No necesito tu ayuda para nada... Es difícil oponerse a la política de una organización cuando estás en su nómina”.⁵

Sí, digámoslo con sinceridad, quienes trabajamos o colaboramos en instituciones penitenciarias, aunque no estemos en su nómina, tenemos la conciencia intranquila, pues la estructura prisional, en sí misma, con o sin nuestro asentimiento, no protege suficientemente al privado de libertad. No es protectora de los criminales, como propugnaba el insigne maestro Dorado Montero. Al

(4) Sister Helen Prejean. *Pena de muerte*. Trad. Maite Subirats, Barcelona : Ediciones B, S.A., 1996. p. 169, 295.

(5) Para superar parcialmente, sólo parcialmente, esta dificultad, en España y en otros países las capellanías penitenciarias no figuran en la nómina del ministerio, sino en la de la institución eclesial.

contrario, con sobrados argumentos puede hablarse hoy de victimación carcelaria.⁶

En este momento me permito una indicación acerca de algunas personas que critican las instituciones penitenciarias, pero que, según algunos especialistas radicales, formulan unas críticas superficiales e ineficaces. Quizás estén en lo cierto nuestros adversarios [no enemigos], pero se les puede criticar a ellos de una lamentable parcialidad y/u omisión: nunca o casi nunca se preocupan de las víctimas, o lo hacen sólo en cuanto testigos del delito. En mi opinión, las víctimas merecen no menos atención que los delincuentes. Sobre todo si lo son del terrorismo, porque conllevan multitud de víctimas indirectas. Nuestros adversarios, en sus reflexiones, olvidan la armonía y el equilibrio que, como repetía E. Ruiz Vadillo,⁷ deben acompañar siempre los trabajos de los juristas. En casos extremos cabe preguntarse si algunos de ellos caen en cierto maniqueísmo.

Después de esta introducción –que considero necesaria para eliminar prejuicios, preconceptos y presentimientos– estamos mejor capacitados para reflexionar sobre el protagonismo de las víctimas en la ejecución penal.

Pasemos, pues, a estudiar el parco papel que juegan y el mucho mayor que deberían jugar las víctimas en la ejecución de las sanciones, especialmente en las privativas de libertad, en cuanto que:

- las abrevian o las sustituyen: si reciben reparación de sus daños, si logran una mediación satisfactoria, si entran en juego otras sanciones alternativas: arresto en los fines de semana, trabajo en favor de la comunidad...

- y las humanizan: si se “introducen” en la prisión para relacionarse y reconciliarse con los victimarios.

3. La reparación a las víctimas atenúa la sanción: abrevia la privación de libertad

La doctrina, la legislación y la jurisprudencia penal en los últimos treinta años, haciéndose eco de las múltiples críticas contra las instituciones penitenciarias en todos los países, va concediendo cada vez más importancia a la atención reparadora hacia las víctimas (las grandes ausentes del Derecho Penal y del sistema penitenciario universal), como patentizan los innumerables trabajos de la Sociedad Mundial de Victimología, con sus varios centenares de socios en todos los continentes, aunque en España no llegamos a la media docena.

⁽⁶⁾ Cfr. Gerardo Landrove Diaz. *La moderna Victimología*, Valencia : Tirant lo Blanch, 1998. p. 161 y ss., 201 y ss.

⁽⁷⁾ Cfr. Eguzkilore. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 13, extr., marzo, 1999. p. 281 y ss.

Como era de esperar, nuestro Código Penal de 1995 introduce algunas innovaciones en este campo, pero debe avanzar todavía más. El nuevo art. 21, al regular las atenuantes, establece como circunstancia 5.ª, "La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral". Tiene en cuenta y mejora algo la redacción del Código anterior de 1973 que, en su art. 9, decía: "La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial y, por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción".

Ahora nos limitamos a comentar brevemente el acierto del Código de 1995 al tomar en consideración la reparación a "el daño ocasionado a la víctima", y prescindimos de las modificaciones, aunque son importantes. El Código de 1973 tenía en cuenta la reparación o la disminución de "los efectos del delito" en general, sin referencia directa a las víctimas; en cambio, ahora se especifica que se trata de disminuir los efectos de "el daño ocasionado a la víctima".⁸ En el ámbito semántico merece elogiarse, por una parte, la introducción de la frase "el daño ocasionado por el delito" en lugar de "los efectos del delito" (esta frase adolece de ambigüedad y abstracción); por otra parte, la omisión del vocablo "ofendido" que pertenece a la terminología del Derecho Penal tradicional y, un tercer aspecto, la introducción del vocablo "víctima", que ocupa un lugar central rebosante de sentido innovador en la nueva ciencia victimológica.

La nueva posibilidad del art. 21, 5.ª, en relación con el 70, de abreviar la sanción privativa de libertad, cuando el culpable repara "el daño ocasionado a la víctima", abre muchos horizontes teóricos, pero no tantos en la práctica, pues una gran parte de las personas privadas de libertad, los autores de pequeños hurtos y pequeños robos, "los pobres diablos", cuando están encarcelados poco pueden hacer en favor de sus víctimas, pues la institución les despersonaliza de tal manera que bastante tienen con sobrevivir, como analiza Philippe Landenne con datos concretos, aunque quizás exagerados o unilaterales.⁹

Pero, otros internos, por ejemplo, los condenados por narcotráfico, terrorismo y diversas formas de delincuencia organizada, sí pueden hacer algo y, con frecuencia, mucho en favor de sus víctimas. La Ley 32/1999, de 8 de octubre, de *Solidaridad con las víctimas del terrorismo* (BOE del 9 de octubre), aprobada por unanimidad, reconoce atinadamente, y conviene proclamarlo públicamente, que son los autores de esos delitos quienes deben reparar a sus víctimas. Sólo cuando no lo cumplen, el Estado hace efectiva esa reparación subrogándose frente a los obligados al pago de sus indemnizaciones, debidas en estricta justicia, pero insu-

(⁸) Lógicamente, los titulares del derecho a la reparación o indemnización son las víctimas y sus herederos, como especifica el *Reglamento de Ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo* (arts. 11 y 14).

(⁹) Cfr. S. J. Philippe Landenne. Op. cit., p. 214 y ss.

ficientes, ya que nunca pueden sustituir el dolor padecido. Urge que se caiga en la cuenta de que muchos delincuentes pueden llevar a cabo reparaciones más satisfactorias.¹⁰

Para lograr el protagonismo debido de las víctimas y su reparación moral y material que ahora propugnamos habrá que conseguir un profundo cambio de mentalidad en la opinión pública, en muchas personas del mundo jurídico y en muchas que trabajan en las instituciones penitenciarias, no sólo quienes las dirigen. Habrá que insistir en que la Victimología reestructura lo medular del Derecho Penal tradicional, como indica, por ejemplo, Albin Eser en dos recientes estudios.¹¹ Eser afirma con acierto, en el primero, que el delito en cuanto conflicto grave entre autor y víctimas corre peligro de entenderse (por los penalistas retribucionistas que consideran al Estado como ejecutor de una “justicia superior”) como excusa para el ejercicio del poder punitivo del Estado, cuando en realidad el delito es una auténtica herida social que debe, ante todo, sanarse, aunque sin olvidar que también exige un mal adicional al delincuente (p. 141).

(Cabe preguntarnos, entre paréntesis, qué pretende sugerir Eser cuando escribe “Y, por último, de igual manera que el ser humano debe temer la ‘venganza divina’, parece en consecuencia, que...”. Supongo que no desea mantener la tradicional teología católica del Dios justiciero que castiga con el infierno al pecador. En el año 2000 muchos teólogos de suma autoridad y prestigio [por ejemplo, Estrada¹²] admiten el mito del infierno, pero niegan su existencia real y opinan que Dios a nadie castiga, sino que deja a las causas segundas, tan apreciadas por Santo Tomás, que ellas respondan naturalmente a las personas que violan gravemente las normas elementales de la convivencia, reservándose ÉL la misión de perdonar siempre).

Como Director de un Instituto de Criminología he intentado, pero no conseguido, llevar a cabo una información estadística de cuántas personas privadas de libertad en España reparan el daño ocasionado a sus víctimas. Sí se ha hecho ya algo de esto en Francia, según datos publicados por la actual Ministra de Justicia,

⁽¹⁰⁾ Cfr. Jaime Solé Riera. *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona : J. M. Bosch, 1997. p. 121 y ss.

⁽¹¹⁾ Albin Eser, “‘Menschengerechte’ Strafjustiz. Vision eines am menschen als einzel – und sozialwesen orientierten straf – und verfahrenssystems” (“Una justicia penal ‘a la medida del ser humano’. Visión de un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social”) (trad. Jon M. Landa Gorostiza), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Facultad de Derecho, Universidad a Distancia, 2.ª época, n. 1, Madrid, 1998. p. 131-152; y “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima” (traducido por Manuel Cancio Meliá), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996. p. 1021-1046. Respecto al moderno Derecho Penal internacional, cfr. Julio Andrés Sampedro. “La Corte Penal Internacional: aproximación al papel de las víctimas”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 69, 1999. p. 635 y ss.

⁽¹²⁾ Juan Antonio Estrada. *La imposible teodiceia*, Madrid : Trotta, 1997. p. 371.

la señora Guigou, en el Anexo II de su *Circulaire relative à la politique pénale d'aide aux victimes d'infractions pénales*, aparecida en el *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice* 71, 1.º julio-30 septiembre 1998.¹³ Los establecimientos penitenciarios de nuestro país vecino, en el 30% de los casos, ignoran si los detenidos han sido condenados a indemnizar a una o a varias víctimas, porque carecen de los documentos judiciales necesarios; el 64% de las víctimas de infracciones cuyos autores han sido detenidos no reciben indemnización alguna de esos victimarios; y más del 30% de los condenados privados de libertad tampoco llevan a cabo indemnización alguna a sus víctimas, aunque se las conocen personalmente.

4. La satisfacción de las responsabilidades civiles a las víctimas como llave para la suspensión de la ejecución de la sanción privativa de libertad

Veamos, telegráficamente, cómo el nuevo Código español admite que la reparación a las víctimas motive la suspensión de las penas privativas de libertad; lo que, en parte, coincide con la tradicional, casi centenaria, remisión condicional. Esta la regulaba el Código de 1973 en su artículo 93. El nuevo Código de 1995 la moderniza en varios aspectos. La sección 1.ª del capítulo III del Libro primero, arts. 80-87, la denomina más técnicamente "suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad", amplía su ámbito de aplicación, concede más arbitrio judicial y, sobre todo, lo que a nosotros ahora más nos interesa, introduce un nuevo motivo de concesión: "Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas".

El Código anterior no exigía este requisito. Merece alabarse esta innovación que la doctrina moderna de la "justicia reparadora" considera indispensable y básica. Pero parece criticable la segunda parte de esta condición, cuando deja al arbitrio de Juez o Tribunal declarar la imposibilidad de que el condenado haga frente a las responsabilidades civiles. Dice así: "... salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas".

Es de todos conocida y merece tenerse presente la excesiva facilidad con que los Tribunales suelen declarar la imposibilidad total de que el condenado haga frente a sus responsabilidades civiles. Como he indicado en otras ocasiones, el condenado siempre puede hacer algo, aunque sólo sea simbólicamente (que no es poco), en favor de las víctimas. También merece criticarse la vaguedad de la expresión "oír a los interesados", como explicamos a continuación, en el apartado siguiente.

(13) Ministerio de Justicia, *Circular sobre la política penal de ayuda a las víctimas de infracciones penales*, París, 13.07.1998.

5. ¿Deben las víctimas mediar en la *Sentencing*?

Los especialistas norteamericanos escriben más que los europeos acerca de la *Sentencing* que sigue a la *Conviction*, es decir, ese momento, más que momento, esa segunda fase del proceso durante la cual se estudia y decide la "cantidad" y, previamente, la "cualidad" de la respuesta al delito del cual se ha probado culpable, *convicto*, al acusado. Pero, por desatención a los contenidos cognitivos y a las actitudes de la Victimología, casi nadie insiste todo lo debido en la necesidad de que las víctimas intervengan —con la asistencia de peritos— en la *Sentencing*. Conviene releer a Marc Ancel y Jescheck-Weigend.¹⁴

Permítanme que aproveche el comentario a la condición 3.^a del art. 81 para formular, abiertamente, mi convicción de que las víctimas —con técnicos y peritos en ciencias criminológicas— deben poder intervenir o mediar durante la fase en la cual se determina la sanción concreta que el Juez o Tribunal impone al condenado. Esta condición 3.^a concede a los Fiscales declarar la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las responsabilidades civiles *después de oír a los interesados*. Convendría corregir esta última frase porque no hace referencia expresa también a las víctimas. Para la Victimología, los primeros "interesados" son las víctimas, pero este artículo no lo dice. Debía hacerlo para evitar que algunos Tribunales entiendan por "interesados" sólo a los condenados, y excluyan a las víctimas.

Nuestra petición en favor de que se las incluya expresamente tiene importancia y se debe aplicar también a todos los artículos que tengan alguna relación con la *Sentencing*, como por ejemplo el 80. 2 (plazo de la suspensión), el 84. 2 (infracción de la regla de conducta y sustitución) y el 87. 1 (suspensión de la condena para personas drogodependientes), cuando hablan de "previa audiencia de las partes", "con audiencia de las partes"; el 86 (delitos privados para conceder la suspensión), pues pide que "los Jueces y Tribunales oirán a éste" ("el ofendido"). Debía decir "oirán a las víctimas directas e indirectas", pues, con el texto actual, los intérpretes tradicionales entenderán que deben oír sólo al ofendido, es decir, el tradicional sujeto pasivo del delito. En el mismo sentido deben modificarse también los arts. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dar más cabida a las víctimas directas e indirectas.

Parece acertado que el nuevo art. 114 del Código Penal conceda formalmente a los Jueces o Tribunales, durante la *Sentencing*, una facultad que hasta ahora sólo se reconocía por la Jurisprudencia y la doctrina: *la compensación de culpas*. Ahora los Jueces o Tribunales "podrán moderar el importe" de la reparación del daño o de la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados por el delito cuando la víctima hubiere contribuido a ellos con su conducta. Según el nuevo texto, "Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción

⁽¹⁴⁾ Jescheck-Weigend. *Lehrbuch des strafrechts. Allgemeiner teil*. 5. ed., 1996. p. 766, 884 y ss.

del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización". Es lógico que, si la víctima "precipitadora" contribuye con su conducta a la producción del daño o perjuicio, el Juez o los Tribunales puedan moderar el importe de la reparación o indemnización que imponen al victimario.

Pero, la fórmula legal debía matizar y decir algo más en un tema tan complejo. Debía exigir y concretar más, en la línea marcada por Karl Engisch, en su *Einführung in das juristische denken* (cuya 8.ª edición se publicó en 1983), algo así como se observa en las tradicionales fórmulas de la legítima defensa o del estado de necesidad, a tenor del art. 20 del Código Penal. El texto actual al hablar de "el importe" da pie para pensar que la reparación o indemnización siempre son de naturaleza económica y sólo económica. También parece criticable que deje tan abierta la puerta a los Tribunales para disminuir a su arbitrio el importe de la reparación o indemnización. En caso de duda, se ha de conceder la preferencia, escuchar, atender y "oír" a las víctimas más que al delincuente.

Distintos son –y rebasan nuestro tema– los supuestos de las víctimas que aceptan la situación de riesgo, como explica Guillermo Portilla Contreras al estudiar el "Tratamiento dogmático de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación de la víctima".¹⁵

6. ¿Evitar el desarraigo social de los condenados por terrorismo?

Una aplicación concreta de esta necesidad de que las víctimas intervengan en la determinación de la sentencia, cuando se trata de delitos de terrorismo, debe aclararse urgentemente en España, aunque resulte peligroso. Nos referimos al art. 12.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Manifiesta el deseo de que cada área territorial cuente con el número suficiente de establecimientos para satisfacer las necesidades penitenciarias y "evitar el desarraigo social de los penados". Estas últimas palabras han suscitado interpretaciones sumamente dispares. Algunas, en mi opinión muy radicales, han dado pie a movilizaciones populares de muchos miles de personas y de algunas instituciones políticas exigiendo que todos los penados de ETA, sin matices y sin excepciones, sean trasladados inmediatamente a los tres establecimientos del País Vasco.

Para la solución de este problema tiene aplicación el axioma que ahora estamos comentando, y que hoy ningún especialista niega, de que las víctimas deben tomar parte activa en la *Sentencing* cuando el Tribunal o la institución penitenciaria competente debate y decide a qué establecimiento debe ser enviado o trasladado el penado. A este respecto deberá tomarse en consideración la Ley Orgánica 14/

(15) Guillermo Portilla Contreras. "Tratamiento dogmático de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación de la víctima", *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, n. 45, p. 695-738.

1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE, de 10 de junio), y en concreto, el actual art. 57 de nuestro Código punitivo. Según este artículo, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas... los Jueces o Tribunales podrán prohibir en sus sentencias que los condenados vuelvan “al lugar en que se haya cometido el delito o... en que resida la víctima o su familia...”.

Si se respeta este precepto muchos penados de ETA no deberán ser trasladados a las prisiones del País Vasco. Otro argumento en el mismo sentido nos brindan las Naciones Unidas en sus *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, de 14.12.1990, pues el décimo subraya la atención a las víctimas. Dice así: “Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto a los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles”.

También merece citarse el criterio del eminente penitenciario mejicano Antonio Sánchez Galindo que, en su libro *El derecho a la readaptación social*,¹⁶ reconoce que muchas veces, sobre todo en condenados por delitos contra la propiedad, ayuda a la reinserción del interno el estar cerca de sus familiares y amigos, pero añade que no siempre, “ya que en muchas ocasiones, como asentábamos líneas arriba, la familia es incluso un factor criminógeno de importancia”.

Además, el Derecho comparado y la política criminal nacional e internacional niegan tajantemente que el interno tenga derecho a residir en un establecimiento penitenciario próximo a sus familiares. En no pocos casos será conveniente e incluso necesario que resida en un establecimiento alejado, por los argumentos que explico detalladamente en mi estudio “¿Derechos y deberes humano-fraternales en las prisiones? Desde el radicalismo étnico a la paz en el País Vasco”,¹⁷ para respetar los derechos de las víctimas, los derechos de los funcionarios e incluso los derechos elementales de los otros internos. Esta limitación se da con más frecuencia en los condenados por delitos de terrorismo. Patentemente lo constata y lamenta un miembro de los Grapo, Félix Novales, en su *Memoria personal de un militante Grapo*,¹⁸ cuando describe

(16) Antonio Sánchez Galindo. *El derecho a la readaptación social*, Buenos Aires, 1983. p. 110.

(17) A. Beristain. “¿Derechos y deberes humano-fraternales en las prisiones? Desde el radicalismo étnico a la paz en el País Vasco”, *La Ley, Revista Jurídica Española*, 3 y 06.09.1999, con abundante bibliografía. Idem, *International Annals of Criminology, Revista de la International Society for Criminology*, 1999. p. 65-100. Idem, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 12, 1998, p. 213-342.

(18) Cfr. Félix Novales. *El tazón de hierro. Memoria personal de un militante grapo*, Barcelona : Crítica, 1989. p. 179 y ss.

el tratamiento dictatorial de los terroristas jefes presos sobre y contra los otros compañeros terroristas también internos en el mismo establecimiento: "habíamos pasado por situaciones límites... y estábamos aterrorizados. Tan aterrorizados como un ratoncito entre las manos del gato que se niega a matarle todavía. Pero lo terrible era que el gato estaba dentro de nosotros. No, habíamos delegado en 'él' el gato que llevábamos dentro. Ahora ya, únicamente éramos ratoncitos. Ratoncitos frágiles, pusilánimes indefensos. Y a lo único que aspirábamos era a que su capricho nos permitiese vivir un poquito más". Muchos presos de ETA desean la dispersión para no estar sometidos a las órdenes de sus compañeros. El asesinato de la ex militante de ETA M. Dolores González Catarain (Yoyes), en Ordizia (Guipúzcoa) el 10.09.1986, lo comprueba.

7. ¿Intervienen las víctimas en las alternativas a la prisión?

La actual doctrina penitenciaria busca cada día con más empeño sustitutivos a la sanción privativa de libertad. Conviene que al estudiar aquí el papel de las víctimas, digamos algo acerca de uno de los más elementales: el de sustituir la prisión por la reparación o la mediación o por otras sanciones alternativas.

Nuestro actual Código Penal se ocupa de este problema en los arts. 88 y 89. A tenor del art. 88, los Jueces o Tribunales pueden sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o por multa, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate. Este último caso tendrá muy en cuenta el esfuerzo del autor "para reparar el daño causado" por su infracción (art. 88. 1). Es acertada esta innovación introducida el año 1995, pero sería mejor que dijera "para reparar a las víctimas el daño causado", porque, como venimos repitiendo, el centro del Derecho Penal y del sistema penitenciario deben ser las víctimas de carne y hueso, o, con terminología de A. Eser, "el ser humano como individuo y ser social".

Entre las alternativas a la prisión, hemos de cultivar y fomentar especialmente la mediación y la reconciliación. Estas han de construirse "partiendo de los derechos de las víctimas", como indica José M. Tojeira, S. J.¹⁹ En el mismo sentido, Tony Peters e Ivo Aertsen,²⁰ y A. Beristain.²¹

(19) José M. Tojeira. "Verdad, Justicia, Perdón", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 11, 1999. p. 264 y ss.

(20) Tony Peters e Ivo Aertsen. "Mediation for reparation the victim's perspective", en E. Fattah y T. Peters (eds.), *Support for Crime Victims in a Comparative Perspective*, Lovaina, 1998. p. 229-251.

(21) A. Beristain. "Geht die gerechtigkeit von volke aus?", en Kurt Schmoller (Comp.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum*, Köln, 1993. p. 425-440 (435 s.).

8. ¿Pueden las víctimas “entrar” en la prisión?

Quizás sea oportuno recordar aquí mi experiencia personal en la Universidad de Münster, el 05.07.1989, en el Seminario de Victimología dirigido por el profesor Hans Joachim Schneider. Las figuras centrales fueron el señor Ralf Sonntag, condenado a cadena perpetua, en prisión desde doce años antes, y la señora Gabriele Kleb-Braun, doctora y Juez en ejercicio, cuya madre murió asesinada cuando ella tenía 21 años. Estas dos personas iniciaron una relación epistolar algún tiempo después del asesinato de la madre de Gabriele y del ingreso en prisión de Ralf. Parte de sus cartas han aparecido en la revista periódica *Kuckucksei*, que editan los internos en la cárcel de Schwerte, donde cumple sentencia el señor Sonntag.

Las casi tres horas que duró el Seminario, las experiencias que manifestaron los dos protagonistas, así como los comentarios de los casi veinte participantes, me convencieron de que las víctimas pueden y deben entablar relaciones epistolares e incluso entrevistas personales en los locutorios de los establecimientos penitenciarios para llegar a importantes y positivas mediaciones, conciliaciones y reconciliaciones.²²

Como conclusión sectorial de este apartado cabría afirmar que la prisión paradójicamente puede “entrar” en las víctimas, puede atenderlas... De hecho el Servicio Penitenciario de la Probación en Inglaterra y Gales ha sido el iniciador de la asistencia a las víctimas de la criminalidad, como detalla su Inspector Jefe, Graham SMITH, en su estudio sobre “L’évolution récente du Service de Probation en Angleterre et au Pays de Galles”.²³

9. ¿Juez de Vigilancia versus Director de Recursos Humanos de las Víctimas?

A nadie extraña que la justicia penal tradicional exija a la sociedad poner a disposición de los acusados carentes de medios económicos un abogado defensor que gratuitamente les atienda durante el proceso. Y exija, además, que un Juez de Vigilancia Penitenciaria (a tenor de los arts. 76, 77 y 78 de la Ley Penitenciaria y los correspondientes del Reglamento de 1996) se encargue gratuitamente de salvaguardar los derechos de todas las personas sancionadas a privación de libertad, y de corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. Puede verse, a modo de ejemplo ilustrativo, el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid, n. 1, del 27.02.1998, sobre dotación de material deportivo para el Módulo de Aislamiento,

(22) Cfr. A. Beristain. *Victimología. Nueve palabras clave: principios básicos, derechos humanos, criminología, terrorismo, religiones, mujeres y menores, mediación-reparación, derecho penal, política criminal*, Valencia : Tirant lo Blanch, 2000. p. 572 y ss.

(23) Graham Smith. “L’évolution récente du Service de Probation en Angleterre et au Pays de Galles”, Conseil de l’Europe, *Bulletin d’Information Pénologique*, diciembre 1998. p. 3-21 (17).

en el libro editado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, *Jurisprudencia penitenciaria 1998*, Madrid, 1999, p. 475-478.

Por motivos semejantes, la justicia penal y penitenciaria moderna, atenta a las ciencias victimológicas, debe proponer que en todas las instituciones penitenciarias haya una autoridad encargada de la misión que las grandes empresas asignan cada día más al Director de los Recursos Humanos, muy distinta, en cantidad y en calidad, que la misión propia del Jefe de Personal.²⁴

Al Director de Recursos Humanos en los establecimientos penitenciarios compete pretender que las prisiones logren sus objetivos simultáneamente con el fomento y desarrollo de las metas personales de sus empleados y/o clientes directos e indirectos. Estos incluyen muchas personas: funcionarios e internos, familiares de ambos etc.; pero también, y no en último lugar, las víctimas todas.

La función del encargado de Recursos Humanos, como resume Luis Puchol, en el gráfico siguiente, se caracteriza como eminentemente directiva, macroinstitucional, dinámica y en constante transformación. Se orienta especialmente al *desarrollo de las personas*. Esta función se ejerce principalmente por generalistas que tienen mayores oportunidades de alcanzar poder y más alto status organizacional. (Lo que actualmente se lleva a cabo en las prisiones españolas, según su *Informe General 1997*, Madrid, 1999, p. 37-59, debe mejorarse radicalmente.)



⁽²⁴⁾ Cfr. Luis Puchol. "El desarrollo de los Recursos Humanos: ayer, hoy y mañana", *Icade. Revista de las Facultades de Desarrollo y Ciencias Económicas y Empresariales*, Madrid, diciembre 1999. p. 159-184.

10. Estadística de víctimas de los diversos delitos en España

Aunque, como hemos indicado, ya a finales del siglo XIX los Congresos Internacionales Penitenciarios se preocuparon por la reparación a las víctimas de los delitos, sin embargo todavía hoy predominan los estudios acerca del número de los delitos y delincuentes; pero escasean las investigaciones respecto a los sujetos pasivos de la criminalidad. A continuación se reproduce una estadística de las diversas víctimas en España. Recoge los datos que han sido facilitados por el Ministerio del Interior al profesor Alfonso Serrano Maillo.²⁵ Son cifras de uso interno correspondientes al año 1996, a escala nacional, unificando las estadísticas de la Policía y la Guardia Civil.

Las mujeres fueron víctimas en 58.301 casos, frente a 47.674 de los hombres, lo que manifiesta que el autor del delito busca con más frecuencia a la mujer como víctima, quizás, entre otros motivos, por la menor resistencia que ofrece y el menor riesgo para el autor en caso de que ella pretenda defenderse. Por edades, el mayor número de víctimas se encuentra entre los 25 y 40 años (33.419), seguidos de los de 40 a 60 (29.315), los de 18 a 25 (19.735) y mayores de 60 años (14.926).

Víctimas

Victimas	Tipos de delitos													
	Propiedad	Personas						Libertad sexual		Libertad y seguridad				Seg. Int.
	Robos violentos	Homicidio	Asesinato	Parricidio	Infanticidio	Lesiones	Otros	Violaciones	Otros	Detenenciones Ilegales	Exp. Mend.	Amen. a l.	Otros	Atentados
Naturaleza														
Sujeto pasivo	104.007	887	155	70	2	79.556	6.590	1.308	6.674	859	226	432	2.265	5.097
Personal establ.	1.615	18	0	0	0	438	26	0	12	6	2	2	7	42
Tercera persona	281	36	10	1	0	1.638	40	14	34	5	0	0	8	51
Agente autoridad	72	8	3	0	0	161	18	0	12	4	0	2	2	7.381
Total	105.975	949	168	71	2	81.793	6.674	1.322	6.732	874	228	436	2.282	12.571
Sexo														
Varones	47.674	714	110	22	1	51.376	3.800	119	1.015	430	123	284	583	12.120
Mujeres	58.301	235	58	49	1	30.417	2.874	1.203	5.717	444	105	152	1.699	451
Edad (años)														
Menos de 16	4.738	28	9	11	1	5.798	259	231	2.441	95	207	15	236	44
De 16 a 18	3.842	22	3	1	0	3.599	122	118	668	58	2	8	34	21
De 18 a 25	19.735	168	25	6	0	16.848	810	387	1.642	210	5	47	154	919
De 25 a 40	33.419	417	52	19	1	31.924	2.634	443	1.473	341	7	142	1.131	7.905
De 40 a 60	29.315	232	53	20	0	17.856	2.116	121	403	129	2	174	626	3.354
De 60 o más de 60	14.926	82	26	14	0	5.768	733	22	105	41	5	50	101	328

(25) Cfr. Alfonso Serrano Maillo. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1996. p. 1.253 y ss.

Relación con el autor														
Padre/Madre	158	25	7	11	1	1.922	159	29	85	15	37	14	63	19
Hijo	46	14	8	16	0	2.126	163	37	155	10	123	3	207	6
Cónyuge	48	65	12	37	1	11.510	932	115	131	33	0	10	1.244	29
Pariente	108	81	23	4	0	4.208	352	87	211	17	14	15	46	15
Laboral	112	20	4	0	0	2.420	277	29	245	32	1	40	21	329
Escolar	65	0	0	0	0	934	47	12	122	3	0	7	2	2
Amistad	369	135	19	1	0	4.815	372	225	532	92	0	31	42	11
Casual	2.517	99	21	0	0	8.550	865	121	495	65	0	26	52	431
Otra	2.229	162	27	0	0	12.691	1.506	118	640	121	9	63	197	884
Ninguna	100.323	348	47	2	0	32.617	2.001	549	4.116	486	44	227	408	10.845
Resultado acción														
Sin lesión	91.508	155	19	9	0	6.717	5.796	709	5.665	636	228	401	2.200	7.094
Lesiones leves	13.521	180	14	15	1	69.547	790	580	1.030	215	0	33	67	5.340
Lesiones graves	914	292	24	16	0	5.506	67	32	36	22	0	2	10	133
Muertos	32	322	111	31	1	23	21	1	1	1	0	0	5	4

Fuente: Alfonso Serrano Maillo (1996): "Estadística", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 6, UNED, Madrid, 1.253, 1.255, 1.263 y ss.

11. A modo de miniconclusiones, desde Francia

A la luz del "Informe para una nueva política pública de ayuda a las víctimas", "Rapport pour une nouvelle politique d'aide aux victimes", elaborado por el Groupe Interministériel d'Aide aux Victimes, presidido por Marie-Noëlle Liebmann, Diputada europea, París, mayo, 1999, comentado por Hélène Magliano, Presidente de Cámara en el Tribunal de Apelación de París, y por Jacques Calmettes, Vicepresidente del Tribunal de Gran Instancia de Marsella, considero que podrían formularse como miniconclusiones, de estas páginas, algunas de las 114 proposiciones que el informe francés presenta para mejorar la atención a las víctimas y a sus familias. Muchas de ellas se refieren al ámbito penal, procesal y penitenciario.

En mi opinión pueden proponerse, entre otras, las 3 siguientes conclusiones, inspiradas en las Propositiones francesas números 30, 33, 61 y 63:

A – el Juez de "application des peines", o Juez de Vigilancia Penitenciaria, informará a las víctimas de todas las decisiones que les conciernen directamente.

B – las víctimas tendrán derecho a una parte mayor del peculio del privado de libertad.

C – en cada fase del procedimiento judicial, incluida la fase de ejecución de las penas, los magistrados y el presidente deberán informar a las víctimas de las condiciones y de los derechos que tienen para la indemnización.

Esta última conclusión parece que no se tuvo en cuenta durante el juicio a los miembros de ETA acusados de haber asesinado, el 11.03.1997, a Javier Gómez Eloegui, funcionario del Centro Penitenciario de Martutene y profesor de la Universidad del País Vasco. Según el texto de la Sentencia 17/98, de la Audiencia

Nacional, Sala de lo Penal, Sección primera, de 30.03.1998, la viuda y la hija de la víctima directa quedaron privadas de los 50 millones de pesetas que a tenor de la ley y la petición del Fiscal les correspondían.²⁶ Esta sentencia del 30.03.1998 prueba que el procedimiento penal español²⁷ está todavía lejos de lo que exigen las Naciones Unidas y el Consejo de Europa respecto a los derechos fundamentales de las víctimas directas e indirectas.

⁽²⁶⁾ Cfr. A. Beristain. "Hoy y mañana de la política criminal protectora y promotora de los valores humanos. La paz desde la victimología", en Consejo General del Poder Judicial, *Política criminal comparada, hoy y mañana*, Madrid, 1999. p. 9-85 [54 s.]. Idem, "Nombramiento de Miembro de Honor del Ivac-Krei, a título póstumo, a Francisco Javier Gómez Elosegui", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 11 extr., 1997. p. 293 y ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. José Luis de la Cuesta Arzamendi *et alii*, "The treatment of victims of crimes and offences in the Spanish system of justice", en E. Fattah, T. Peters (eds.), *Support for crime victims in a comparative perspective*, Leuven, 1998. p. 69-81 [71].