

Derechos humanos y respuestas a la delincuencia (*) (Reflexiones desde una ética de valores máximos)

ANTONIO BERISTAIN

Director del Instituto Vasco de Criminología
San Sebastián (España)

DEDICATORIA:

*A las personas que trabajan como Voluntarias en las Cárceles,
A Amnesty International,
A los victimarios y a sus víctimas,
con respeto, profunda comprensión y afecto fraternal.*

SUMARIO: 1. Evolución imparable de los paradigmas científicos.-2. Derecho básico de los victimarios: Código penal con sanciones, pero sin castigos.-3. Derecho básico de las víctimas: protagonismo desde la «A» hasta la «Z».-4. Derecho y deber básico de los operadores de la Justicia: Ciencia y praxis ética de valores máximos.-5. Anexo.-6. Bibliografía.

1. EVOLUCIÓN IMPARABLE DE LOS PARADIGMAS CIENTÍFICOS

El especialista en la teoría de la ciencia, Thomas Kuhn, fallecido el mes de junio de 1996, nos convenció a todos los científicos de que nuestros paradigmas de ayer no tienen vigencia hoy, y que los hodiernos deben ceder su plaza a los de mañana. Por eso, actualmente los

(*) Estas páginas reproducen mi exposición oral en el Seminario Internacional sobre «Justicia y Sociedad en México» (México, D.F., 11 julio 1996), con pequeñas correcciones de estilo y algunas referencias bibliográficas.

teóricos (y los prácticos) de la Justicia (penal) y la sociedad no se contentan con el *respeto* de los derechos humanos, sino que exigen su constante y creciente *desarrollo*. Su meta, añadimos nosotros, no está en el mínimo ético de las leyes punitivas (del Derecho penal tradicional) sino en la ética de los valores máximos.

En esta ponencia comentaremos la necesidad de la evolución dinámica, imparable, de los derechos humanos de los tres lados del triángulo de la justicia penal: los victimarios, las víctimas y los operadores del Poder judicial. Comenzamos nuestra reflexión estudiando el derecho fundamental de los *delincuentes* a un Código penal con sanciones, pero sin castigos y sin venganza (primera parte); seguimos con el derecho no menor de las *víctimas* a no ser meras convidadas de piedra desde el inicio de su victimización hasta el momento de haber sido totalmente asistidas y repersonalizadas (segunda parte). Al final (tercera parte), consideraremos el derecho (y deber) elemental, en cierto sentido *nuevo*, que tenemos los *operadores de la Justicia* de conocer y practicar una *Ética de máximos*, que supere nuestra actual ceguera, que abra nuestras pupilas a eutonológicos horizontes más generosos, más responsables, más gratificantes para todos. Que incluya el sentido del vivir y del morir, el *mysterium tremendum (sic)* del que hablan Karl R. Popper y John C. Eccles (1).

2. DERECHO BÁSICO DE LOS VICTIMARIOS: CÓDIGO PENAL CON SANCIONES, PERO SIN CASTIGOS

En nombre de la Justicia más elemental exigimos que ya hoy se respete y se desarrolle el derecho humano básico de las personas autoras, cómplices o encubridoras de un delito: el derecho a ser *sancionadas*, pero no a ser *castigadas*, no a ser objeto de venganza (aunque sí de sanción). El derecho a que el Código penal les imponga una sanción, pero no les imponga castigo alguno, ni maltrato, ni tortura. Por desgracia, este derecho muchas veces no se respeta ni de obra, ni de palabra; ni en la práctica, ni en la teoría (lo cual merece mayor crítica).

Con excesiva frecuencia, de hecho, (además de sancionar) se castiga a los condenados. Y, lo que considero más reprochable: legalmente, de derecho, se escribe y se dice que es justo castigar a los delincuentes. En concreto (ésta es la cuestión que vamos a tratar

(1) Karl R. POPPER, John C. ECCLES (1993): *El yo y su cerebro*, Labor, Madrid.

ahora), algunos Códigos penales, como el nuevo Código penal español, que entró en vigor el día 25 de mayo del año 1996, emplean una semántica ambivalente, imprecisa y criticable, pues hablan de *castigar* (e incluso algunas veces de *castigo*) a los autores de delitos y faltas. Así, en los 18 primeros artículos del actual Código penal hispano aparece 13 veces el verbo *castigar*; en el Libro II, el mismo verbo se encuentra en casi todos los artículos; concretamente, 31 veces en los artículos 138 al 168. Dos artículos hablan de *castigo* como equivalente a pena: el 171.3. «para facilitar el castigo de la amenaza», y el 612.3.º «el que con ocasión de un conflicto armado... imponga castigos colectivos».

Lógicamente, algunos Magistrados hablan también de castigar y de castigo. Así Vicente Ortega Llorca, al estudiar la individualización y determinación de la pena (2) escribe: «...las penas con que podía ser castigado por un determinado delito, dejando libremente en manos de los jueces la fijación del castigo que debía imponerse...»

Creo que, aunque excepcionalmente, también el Código penal mejicano, hace algunos años, hablaba alguna vez de «castigar», por ejemplo en el artículo 195 (cfr. Decreto del 28 de diciembre de 1974): «Se castigará con prisión de seis meses a un año...». (Hoy ha mejorado radicalmente la formulación de éste y otros artículos).

Consideramos importante y urgente que el Código penal y todas las leyes policiales, procesales, penales y penitenciarias destierren de su articulado los vocablos «Castigar» y «Castigo». Si no lo hacen, se debe a que en el fondo conservan todavía una cosmovisión retributiva, en el sentido negativo de la palabra, y talional; peor aún, vindictiva. Opinamos que el tema no es baladí (3).

Actualmente la teoría de los fundamentos y los fines de la pena y de las medidas penales (de seguridad y de reeducación) difiere radicalmente de la doctrina de siglos pasados. Hoy nadie propugna ni admite la expiación, la venganza, la *Sühne*, el «*malum passionis propter malum actionis*», de Boecio (480-525). Hoy, la doctrina penal no permite, ni a la ley, ni al Juez, responder con un daño y un dolor al daño y al dolor que produjo el delincuente. Ya nadie admite el criterio talional del «ojo por ojo y diente por diente». Hoy, todos

(2) Vicente ORTEGA LLORCA (1993): «Individualización y determinación de la pena (Aspectos jurídicos)», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, p. 18, Madrid.

(3) Cfr. Ludwig WITTGENSTEIN (1993): *Tractatus Logico-Philosophicus*, traducción e introducción de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, 4.ª reimpresión, Alianza, Madrid, 35: «3.22. En la proposición el nombre hace las veces del objeto.»

los teóricos en Derecho penal, como en Filosofía y en Teología, rechazan la doctrina retributiva de san Anselmo, arzobispo de Canterbury (1033-1109). Ningún jurista propugna hoy la venganza irracional, ilimitada. Ni la racional, ni la limitada.

Si las penas y las medidas penales se han transformado tan radicalmente en la teoría y también (aunque muchísimo menos) en la praxis, lógicamente debe cambiarse también su denominación, su nombre. Cuando, en siglos pretéritos, los códigos y los jueces y los funcionarios de Instituciones penitenciarias pretendían castigar y afligir y atormentar a los delincuentes, era lógico que se hablase de castigos.

Pero, en nuestros días, cuando los Convenios internacionales, las Constituciones nacionales, los catedráticos de Derecho penal, los códigos y los jueces y las Instituciones penitenciarias, proclaman que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...» (Constitución Española de 1978, art. 25), y que «La actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad...» (Reglamento Penitenciario español de 1996, art. 2), parece lógico y obligado que los Códigos penales y las otras leyes correspondientes no continúen hablando de castigos y de castigar. (Ya el año 1989, Lorenzo Morillas, en su monografía sobre la «Pena» (4) reconoce que «La pena ha sido considerada frecuentemente como castigo». Pero rechaza que deba mantenerse tal consideración, rechaza que la pena sea «venganza social contra el que delinque»).

Parece exigible que no se empleen estas palabras. Resultan más idóneos los vocablos «sancionar» y «sanción». Deseable parece llegar más adelante, y crear palabras nuevas pues las realidades, las instituciones, que regulan y a las que se refieren son nuevas. Por ejemplo, el trabajo en favor de la comunidad es una creación, una innovación,

(4) Lorenzo MORILLAS (1989): *sub voce*: «Pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XIX, p. 347, Barcelona. En sentido parecido, Carlos GARCÍA VALDÉS (1987): *Teoría de la pena*, 1.ª reimpresión, Tecnos, pp. 167 ss., Madrid.

Enrique GIMBERNAT, más en general, habla de «un revolucionario cambio en la concepción de nuestra disciplina» (E. GIMBERNAT, B. SCHÜNEMANN, J. WOLTER (Edit.) (1994): *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Universidad Complutense, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia e Interior, p. 118, Madrid). Él considera que «el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena sea —en absoluto o en su rigor— innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible» (E. GIMBERNAT (1990), *Estudios de Derecho penal*, 3.ª edición, Tecnos, p. 153, Madrid).

jurídico-social que antes no existía. Quizás incluso las palabras sanción y sancionar deban dejar su sitio a otros vocablos más de acuerdo con las teorías hodiernas. Quizás se debe hablar de *respuestas* al delito, de *consecuencias sociales*, de *creaciones criminológicas*, etcétera. (5).

Estas afirmaciones entrañan contenidos de amplia y profunda transcendencia porque toda palabra manifiesta y/o engendra ideas, y toda idea manifiesta y/o engendra acciones.

A comienzos de 1995, hablando con una de las personas que preparaban el nuevo Código penal español, le pedí que eliminasen del articulado estas dos palabras: castigar y castigo. Me contestó que no pensaban hacerlo porque, según los diccionarios más autorizados, esas palabras equivalen a sancionar y sanción y pena, etcétera. Le respondí que los especialistas en cada tema –aquí Derecho penal y Criminología– debemos abrir caminos novadores y brindar vocablos nuevos a los señores Académicos de la lengua; debemos caminar delante de ellos; lo contrario equivaldría a poner el carro delante de los bueyes.

Por motivos más o menos conocidos, los diccionarios no tienen en cuenta la fontal, histórica, diferencia que, según la doctrina jurídico penal hodierna, separa el castigo de la sanción penal. La inmensa mayoría de los diccionarios equiparan ambos vocablos; prescinden, desconocen o se olvidan de su distinto contenido. Al leerlos, se corre el peligro de ignorar que, como hace ya cuatro siglos escribió Francisco Suárez (1548-1617), una cosa es sancionar y otra muy distinta vengarse: «Aliud est punire, aliud vindicare». Por desgracia, los diccionarios no lo han tomado en cuenta todavía.

El *Diccionario de la lengua española* (6) ofrece cinco acepciones de la palabra *sanción*: «Estatuto o ley. / 2. Acto solemne por el que el jefe del Estado confirma una ley o estatuto. / 3. Pena que la ley establece para el que la infringe. / 4. Mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su *castigo* o pena. / 5. Autorización o aprobación que se da a cualquier acto, uso o costumbre». (Subrayado mío).

De hecho, en el lenguaje popular la palabra sanción se emplea en todos estos sentidos, pero como penalista y criminólogo tengo que criticar que se equipare la sanción o la pena al castigo. Lo critico por múltiples motivos. Uno de ellos porque, según el mismo *Diccionario* de la Real Academia (p. 435), «Castigar» equivale a «Mortificar y afligir».

(5) Antonio BERISTAIN (1994), *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*, Tirant lo Blanch, pp. 337 ss., Valencia.

(6) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992): *Diccionario de la lengua española*, vigésima edición, Madrid, 1839.

Sigamos leyendo el Diccionario. Del vocablo «Castigo» ofrece seis acepciones (p. 435). Nos interesa la primera: «Pena que se impone al que ha cometido un delito o falta». Y, por fin, de la palabra «castigar» brinda nueve acepciones, de las cuales nos interesa sobre todo la segunda (que acabo de citar): «Mortificar y afligir».

María Moliner (7) entiende por *Castigo*, en primer lugar, «Acción de castigar» y, en segundo lugar, «Tormento». Al definir las múltiples acepciones del verbo «Castigar», la primera coincide con la mayoría de los diccionarios, pues dice «Infligir un daño a alguien que ha cometido un delito o falta o que ha ofendido o causado algún daño a quien le castiga»; y entre los inmediatos sinónimos escribe «ahorcar, atormentar, azotar, lapidar, linchar, expiar, vindicta pública», etcétera. Resulta difícil creer que los especialistas en el control penal de la criminalidad admitan que cuando sancionan pretenden ahorcar, atormentar, etcétera.

En el *Diccionario manual de sinónimos y antónimos* (8), «Castigar» significa: «Penar, sancionar. 2. Mortificar, afligir. 3. Corregir, enmendar (Tratándose de escritos)». A continuación, al comentar el vocablo «Castigo» transcribe el comentario de José Joaquín de Mora en su *Colección de sinónimos de la lengua castellana*, del año 1855: «*Castigo* es el acto de imponer la *pena*; es el género, y *pena* es la especie. El *castigo* que se impone es la *pena*. El *castigo* que la ley impone al asesinato es la *pena* de muerte».

De modo semejante, para el *Pequeño Espasa. Diccionario Enciclopédico* (9), «Castigar» significa en primer lugar «Ejecutar algún castigo en un culpado»; y en segundo lugar «Mortificar». En este mismo diccionario (p. 229), la palabra «Sanción» sólo en su tercera y cuarta acepción se refiere al Derecho penal: «3. Pena que la ley establece para el que la infringe, 4. Mal dimanado de una culpa o yerro y que es como un castigo».

El abogado argentino Manuel Ossorio, en su *Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales* (10) escribe: «Castigo. Pena o represión / Enmienda o represión».

(7) María MOLINER (1986): *Diccionario del uso del español*, p. 551, Madrid.

(8) José Manuel BLECUA PERDICES, Miembro Correspondiente de la Real Academia Española (Dir.) (1992): *Diccionario manual de sinónimos y antónimos*, 8.ª edición, p. 136, Barcelona.

(9) *Pequeño Espasa. Diccionario Enciclopédico* (1993), p. 287, Madrid.

(10) Manuel OSSORIO (1984): *Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, p. 115, Buenos Aires.

En resumen, según todos los mejores diccionarios de nuestra lengua, castigar y castigo equivalen a afligir y causar daño; también equivalen a sancionar y sanción, a penar y pena, etcétera.

Así, dan pie a pensar que afligir y causar daño es lo que pretende la ley penal cuando, al señalar las penas correspondientes a los autores de delitos y faltas, emplea los vocablos *castigo* y *castigar*.

Lejos de mí el pedir a los autores de los Diccionarios que modifiquen sus textos. Pero, como catedrático de Derecho penal, sí me compete exponer respetuosamente mis críticas a quienes elaboran y redactan las leyes penales, policiales, procesales y penitenciarias, si emplean los vocablos castigar y castigo.

Salta a la vista que algunas acepciones que aparecen en los diccionarios como equivalentes de sancionar, sanción y pena o medida penal, difieren radicalmente de lo que actualmente piensa la teoría y hace (o pretende hacer) la praxis del Derecho penal. Por lo tanto, urge que los textos legales y los tratados doctrinales y jurisprudenciales no continúen usando las palabras castigar y castigo.

Ha llegado ya el momento de eliminar las expresiones vindicativas del Derecho penal medieval. Se ha de superar la etapa que, por incuria del poder político, judicial, económico, religioso y académico, llega hasta hoy, como indica G. Radbruch (11). Concretamente, afirma: «Hasta hoy en día, las leyes criminales conservan rasgos de su origen en el castigo esclavista... Ser castigado significa ser tratado como un esclavo. Esto fue destacado simbólicamente en los viejos tiempos cuando al azote se le agregó la tonsura porque la cabeza rapada era la marca del esclavo».

Basta lo hasta aquí indicado para concluir que los nuevos códigos penales y los jueces, policías, criminólogos, victimólogos y penalistas no debemos emplear la palabra castigar y castigo en nuestros temas pues nadie tiene derecho hoy a seguir conservando la mentalidad primitiva, premedieval, de que la Justicia penal pretende mortificar y afligir.

Por desgracia, como he constatado antes, el nuevo Código penal español que entró en vigor el 25 de mayo de 1996 continúa hablando de castigar y de castigo, lo mismo que en la Edad Media, lo mismo que cuando se quemaba a las brujas en la hoguera y se torturaba a los condenados por herejía o por una blasfemia.

(11) GUSTAV RADBRUCH (1950): «Der Uprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien», en IDEM, *Elegantiae iuris criminalis*, Editorial für Recht und Gesellschaft, Basilea.

En el umbral del siglo XXI los victimarios tienen un derecho elemental a que no se les *castigue* y a que no se *combata contra* ellos. La guerra no debe tener cabida en nuestra cultura. Los juristas hemos de implantar la paz y desterrar el combate (como ya, en el siglo XVI a. de C., proclamó el profeta Zacarías (12): «Él hará desaparecer de la tierra de Efraín los carros de guerra, y de Jerusalén, los caballos de combate. Romperá el arco del guerrero y anunciará la paz a las naciones»). El legislador no debe olvidarlo. Menos lo olvidará cuando redacta una Ley Orgánica del máximo rango, como una *Constitución negativa*.

3. DERECHO BÁSICO DE LAS VÍCTIMAS: PROTAGONISMO DESDE LA «A» HASTA LA «Z»

El Código penal español de la Democracia introduce importantes mejoras en su nueva normativa. Especial mención laudatoria merecen los artículos que crean las nuevas sanciones de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana. (Después veremos su cuestionable puesta en práctica).

Pero resulta lamentable la poquísima atención que presta a las víctimas. Prácticamente desconoce la que hoy, en la doctrina internacional, es la piedra sillar de la justicia penal: *el escuchar, entender y atender a las víctimas* de la criminalidad. El reparar todos los daños que se les han causado; la mediación entre el delincuente y sus víctimas. Y, todo ello, desde la perspectiva de un nuevo e innovador concepto de víctimas que va más allá de la tradicional noción del sujeto pasivo del delito. Muchas personas perjudicadas por el crimen mediata y/o indirectamente también son víctimas (13).

Por ejemplo, las víctimas de cualquier delito terrorista son muchas más personas que la persona concreta asesinada y sus familiares/amistades. Víctimas son (y debía reconocerlo el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal), además del sujeto pasivo de la infracción, todas las personas físicas y/o jurídicas que directamente sufren un daño *notable* como consecuencia inmediata o mediata de la infracción.

(12) ZACARÍAS, cap. IX, versículos 9-10.

(13) ANTONIO BERISTAIN (1993): «¿La sociedad/judicatura atiende a 'sus' víctimas/testigos?», en Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho judicial. La Victimología*, tomo XV, pp. 161 ss., Madrid.

En anteriores publicaciones he demostrado, o intentado demostrar, que el nuevo Código debía hacer referencia expresa a las víctimas en muchos de sus artículos (14). Baste recordar un par de ellos: El 66 pide al Juez o Tribunal que en la aplicación de la pena observen diversas reglas; entre otras, que tenga en cuenta «las circunstancias personales del delincuente y (a) la mayor o menor gravedad del hecho». Y, aunque parezca increíble, nada dice de las circunstancias personales de las víctimas. Algo similar puede criticarse, aunque en grado menor, respecto al artículo 88.1. En el artículo 106 parece vergonzoso que se preceptúe «...el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al (infractor) sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad», y, en cambio, nada se diga de las atenciones o ayudas que corresponden a las víctimas.

Pero, también merece críticas, y mayores aún, el Real Decreto del 26 de abril de 1996, que entró en vigor el mismo día que el nuevo Código penal (25 de mayo de 1996). Este Decreto establece las circunstancias de ejecución de las nuevas penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de arresto de fin de semana (arts. 49 y 37 del Código).

La sanción de los fines de semana es privativa de libertad. Salvo supuestos excepcionales, tan sólo podrán imponerse, como máximo, 24 fines de semana. Cada uno podrá durar 36 horas y equivaldrá a dos días de privación de libertad.

Se cumplirá en el centro penitenciario más próximo al domicilio del arrestado o en el depósito municipal de detenidos, en caso de que no exista centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado. Dado que en muchos partidos judiciales no hay centro penitenciario, esta norma exigiría la construcción de «calabozos» municipales, en todos (que son muchos) los municipios que carecen de ellos.

En cambio, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad es privativa de derechos. Pretende que el penado colabore personalmente en actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo. La victimología pide al victimario que ese su trabajo se esfuerce en acciones que reparen los daños y perjuicios causados a las víctimas. Esta reparación a las víctimas debe proclamarse como la primera finalidad de ésta y otras sanciones penales. En este punto deseamos

(14) Antonio BERISTAIN (1997): «El Código penal de 1995 desde la Victimología», *La Ley*, año XVIII, núms. 4302 y 4303, 4 y 5 de junio, 1-5 y 1-7, respectivamente.

transcribir, y lamentar, las respuestas de 884 jóvenes de San Sebastián (España) y Bayona (Francia) a los que, dentro de una investigación acerca de «Las representaciones sociales de los jóvenes sobre la criminalidad», se les interrogó sobre cuál creen que es la finalidad de la sanción penal. Sus contestaciones aparecen resumidas en el cuadro siguiente que patentiza la poca importancia que conceden a la reparación (9,4 por 100) (15) frente a la mucha que les merece el castigo (51,7 por 100) como venganza y/o expiación.

Si, después de esta breve valoración, volvemos a considerar nuestra legislación, llama la atención que ni el preámbulo ni los 24 artículos de este Decreto hagan una sola referencia a las víctimas del delito. Por desgracia, se mantiene la cosmovisión decimonónica que dentro del Derecho y de la Justicia Penal incluye y tiene en cuenta única-

FINES QUE TIENEN EN LA ACTUALIDAD LAS PENAS

	Total		Lugar		Edad		Estudios	
	N	Porcentaje	S. Sebast.	Bayona	18	+18	FP	COU
Castigarle por lo que ha hecho	451	51,7	56,9	35,4	46,8	58,5	55,5	49,8
Castigarle para no reincidir	197	22,6	20,5	29,2	28,2	15,6	15,4	26,2
Reparar a la víctima	69	7,9	7,5	9,1	8,3	6,5	8,9	7,4
Escarmiento para que otros no hagan lo mismo.	82	9,4	8,7	11,5	8,3	11,1	9,9	9,1
Oportunidad de rehabilitación	73	8,4	6,3	14,8	8,3	8,2	10,3	7,4
En blanco	12	0	—	—	—	—	—	—
Total	884	100	673	211	511	365	296	588

mente al delincuente y a la sociedad, es decir al Estado o a la comunidad; pero no a las personas concretas que sufren el daño y las consecuencias del crimen.

El artículo uno habla de «interés social y valor educativo, tendente a servir de reparación para la comunidad perjudicada»; pero nada dice

(15) Manuel GONZÁLEZ AUDICANA, Jocelyne CASTAIGNEDE, Iñaki DENDALUZE, Pedro LARRAÑAGA (1995): «Representaciones sociales de los jóvenes sobre la criminalidad. Investigación transfronteriza», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), p. 441, Madrid.

de las personas concretas, que, según la doctrina contemporánea, deben ser los primeros protagonistas y beneficiarios de la justicia penal merecedora del nombre de justicia humana.

Este olvido de las víctimas vicia y debilita radicalmente esta nueva legislación penal española. El Estado no puede seguir siendo el único interlocutor con los delincuentes. Tampoco la comunidad. Tampoco basta con que el Juez o Tribunal escuche a las víctimas. Éstas deben ser mucho más que convidados de piedra. Por justicia (no por caridad), podrán participar eficazmente durante el proceso; y no menos cuando se determine la sanción, la respuesta, al delincuente.

Las víctimas han de intervenir activamente también en la ejecución de las penas y las sanciones. Tanto en las privativas de libertad, por ejemplo en los arrestos de fin de semana, como en las privativas de derechos, por ejemplo el trabajo en beneficio de la comunidad. Quizás esta sanción debía denominarse trabajo en beneficio de las víctimas.

Bien está que el artículo dos establezca que «el penado podrá proponer un trabajo concreto, aun cuando no esté convenido con la Administración penitenciaria». Pero, la Criminología y la Victimología exigen que se reconozca a las víctimas el mismo derecho, y aun mayor. Por ejemplo, el derecho de controlar la ejecución de la sanción (junto con la Administración, el Juez o el Tribunal).

Merece alabarse el artículo 4 cuando pide que se tenga en cuenta «el entorno social, personal y familiar» del penado. Pero debía pedir también que se tengan en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de las víctimas. Algunas veces deberá prohibirse que el condenado trabaje en lugares próximos a la residencia de las víctimas.

Termino este apartado con una interrogación. Los artículos diez y veinticuatro establecen que se envíe información de cómo se cumplen estas penas a diversas personas e instituciones (autoridades judiciales y fiscales, etcétera). ¿No sería exigible que se envíe información a las víctimas? ¿No sería de justicia y de equidad que éstas participen, más o menos, y que estén informadas de «las vicisitudes ocurridas durante la ejecución (de estas sanciones), a efectos de la liquidación definitiva de la pena»?

Por la Ley del Jurado, del 22 de mayo de 1995, el Leviatán del Estado ha cedido algo de sus omnímodos poderes en favor de los ciudadanos y ciudadanas, pero debe ceder todavía muchos más en favor de las víctimas. Y debe atenderlas con más respeto y con más inteligencia. Por favor, que supere la miopía y se entere de lo que ya está cansada de proclamar la más elemental ciencia victimológica.

4. DERECHO Y DEBER BÁSICO DE LOS OPERADORES DE LA JUSTICIA: CIENCIA Y PRAXIS ÉTICA DE VALORES MÁXIMOS

Ha llegado el momento de preguntarnos ¿admitimos hoy los operadores de la Justicia nuestro derecho a (y correspondiente deber de) conocer y practicar la Ética? ¿Es la Ética importante para nuestro cotidiano quehacer? ¿Es imprescindible?

¿Debemos ejercer el Poder judicial sobre una base antropológica que abarque la totalidad del ser, su pasado y su futuro?, ¿que ubique en ese cosmos al hombre activamente?, ¿con horizonte del más allá, integrador y *superador* de la sociedad tecnócrata centrada en la economía unidimensional?

Dicho de otro modo: ¿pueden alcanzarse todas nuestras metas a través de sólo una reactivación del Derecho penal y de su uso creativo? Para alcanzar la sensibilización necesaria, ¿tenemos que incluir realidades éticas (y místicas) más allá de las tradicionales dimensiones de ley, delito, expiación, pena, retribución, compensación...? ¿Puede el operador de la Justicia dar por satisfechas sus pretensiones sociales y políticas sólo con dosis «cartesianas» de Derecho penal y Criminología y Victimología? Releyendo a Radbruch, ¿buscamos un Derecho penal mejor, o necesitamos algo mejor que el Derecho penal?

Permítanme que responda a estas preguntas también con sentimientos, y no sólo con argumentos racionales.

Empezaré por el concepto de Ética para explicar después los enriquecimientos que puede aportar la Ética a la Justicia penal. Creo que el lugar, el *topos*, de la Ética en el Poder judicial debe ser redefinido.

Para nosotros, la Ética es como un rayo de luz procedente de otro reino y que penetra en el oscuro y frío mundo de la Justicia y la Equidad. Este rayo de luz viene a recordar que la consideración racional de las cosas con respecto a un fin no es la única posible y que, a la par y por encima de la Administración de la Justicia, que también quiere ser razón y fin, existen otros muchos sistemas de valores muy distintos y más elevados, más eutonológicos (en acertada terminología de Henri Laborit).

Para nosotros, la Ética se patentiza como una *luz* especial, maravillosa, como *valor*, *deber* y *fuerza*. La Ética es una especie de luz muy clara.

Si pudiéramos preguntar a Goethe qué es la Ética, probablemente respondería «más luz». Por eso, el artista vasco Eduardo Chillida ha construido en Frankfurt su «Casa de Goethe» sin tejado. Le parece

que Goethe no soportaría el tejado de su casa, ya que él necesitaba más luz, directa desde el cielo.

La Ética es también un valor suprrracional, ni irracional ni confesional, que abarca y abraza a todo el mundo, todas las galaxias.

Esta Ética exige (al tiempo que posibilita) la tendencia en todo tiempo y lugar hacia la solidaridad, la paz, la justicia, la comprensión, la felicidad, el amor y la responsabilidad (más que a la mera reparación de la culpa).

Nuestra Ética no es sólo una Ética del deber, sino también una fuerza gratificante, una esperanza, un camino para la personal autorrealización, desde y hacia la alteridad, la otredad. Desde y hacia la experiencia personal, profunda, del silencio de lo espiritual, del «gozo pleno» que postula y promete Jesús, en el momento más solemne de su vida (16).

Una Ética que aporta notables enriquecimientos al Derecho penal, a la Criminología y a la Victimología por su fuerza formadora y transformadora del sistema de control social porque incluye ideales de perfección y felicidad, religión, moral, iglesia (en cuanto comunidad fraternal, servicial/gozosa).

A este respecto, pregunta Horacio: *Quid leges sine moribus?* («¿Qué es la Administración de la Justicia sin Ética?»), si las buenas costumbres fueran eficaces, no serían necesarias las leyes y, si las buenas costumbres perdieran su vigencia, las leyes serían igualmente inútiles.

Muchos sociólogos mantienen que actualmente, en todo el mundo, la Ética religiosa está perdiendo su fuerza de control social; también a los subsistemas ético y moral les falta una paralela claridad normativa y una institución de apoyo al estilo de las comunidades religiosas.

En la hodierna situación sociológica y espiritual de anomía y desencantamiento (17) surge la pregunta de quién establece con nitidez los valores y los hace obligatorios e ilusionantes. Según Kaiser, son los propios ciudadanos con su interrelación o también la opinión pública y los medios de comunicación. Con esto queda patente que los valores de nuestra sociedad serían menos universales, más fortuitos y probablemente más arbitrarios. Las orientaciones sólidas para la joven generación serían entonces menos creíbles y mucho menos con-

(16) *Evangelio de San Juan*, cap. XV, vers. 11: «Ut gaudium vestrum sit plenum».

(17) Max WEBER (1968): *Soziologie. Weltgeschichtliche Analysen, Politik*, Stuttgart, 190; idem (1987): *Ensayos sobre sociología de la religión*, tomo I, versión castellana de José Almaraz y Julio Carabaña, 2.^a edición, Taurus, pp.194 ss., Madrid, 102.

vincentes aun a la hora de ser transmitidos. Aquí, al reconocer y señalar semejantes consecuencias, parece vislumbrarse una importante laguna ética en la cultura y cosmovisión contemporánea.

Concretamente, en España la situación es problemática. A este respecto, Tomás Calvo Buezas, profesor de antropología social en Madrid, ha estudiado la vivencia de 5.188 jóvenes (18). Concluye que, en España, el control social es ejercido principalmente por la familia (73 por 100); le siguen la escuela (24 por 100), los amigos (17 por 100), los medios de comunicación (11 por 100), y, por fin, la iglesia (8 por 100). Sin embargo, según este mismo estudio, la iglesia ofrece más confianza que instituciones públicas tales como el Ejército, la Justicia, el Gobierno, los partidos y el Parlamento. Por eso, la Ética es la última posibilidad de control social en general y, especialmente, la última posibilidad de control social penal. Por decirlo con palabras del profesor Kaiser, como última posibilidad de control nos queda «la esperanza y la confianza en la conciencia moral de la sociedad, quizás también en la consolidación de los valores religiosos fundamentales».

Otro enriquecimiento que puede y debe aportar la Ética a los operadores de la Justicia es la superación del maniqueísmo.

El Nuevo Testamento con su relato de la mujer adúltera (19) nos ofrece una lección importante: todos somos culpables. Dicho de otro modo, todos delinquimos porque todos somos delincuentes. Por lo tanto, es falso pensar que sólo los que cometen delitos son delincuentes. Toda persona es limitada, imperfecta y culpable (como demuestran Paul Ricoeur, Kahlil Gibran, Raúl Zaffaroni y tantos especialistas... y los periódicos de cada día).

Hasta los «ciudadanos modelos» cometen delitos y no sólo delitos de bagatela, tal y como Friedrich von Spee señala en su *Cautio Criminalis* (20): «15.^a pregunta: ¿Qué clase de gente es la que verdaderamente hostiga siempre a los soberanos en contra de las brujas?... El primer grupo está compuesto por teólogos y prelados, que cómoda y ricamente sentados en sus gabinetes, ocupados siempre en sus propios pensamientos, andan en las nubes. De lo que sucede en los tribunales, de los horrores del calabozo, del peso de las cadenas, de los instrumentos de tortura, del desamparo de los pobres, no saben nada. Por lo visto es incompatible con sus dignidades y obli-

(18) Cfr. el diario *El País*, Madrid, 7 enero 1994.

(19) *Evangelio de San Juan*, cap. 8.

(20) Friedrich von SPEE (1632): *Cautio criminalis, seu de processibus contra sagas. Liber ad magistratus*, 2.^a edición, Frankfurt.

gaciones científicas el visitar cárceles, hablar con los miserables, escuchar las quejas de los desfavorecidos...» «El segundo grupo es el de los juristas...».

Una dificultad contra esta tesis de que todos somos delincuentes objeta que «si todos somos delincuentes, en el fondo nadie es delincuente». En realidad lo somos, aunque entre unos y otros medie una importante diferencia cuantitativa, pero no cualitativa.

Demos un paso más, veamos otra aportación de la Ética: la superación de la cosmovisión retributiva.

No se debe entender el control social del Derecho penal como expiación o sólo como pena retributiva: *Malum passionis propter malum actionis* («El daño que se sufre por el daño que se causó»). Sin embargo, de hecho, en todos los países a la mayoría de los delincuentes condenados se les impone la pena como expiación o respuesta retributiva.

La Ética enseña y pide a los operadores de la Justicia que critiquen con energía este orden de cosas, para transformar esta situación a través de nuevas alternativas más humanas.

En 1993, en el último Congreso Internacional de Criminología de Budapest fueron muchos los criminólogos que propusieron como alternativa las penas y medidas restauradoras. Muchos colegas ven la finalidad humana del Derecho penal y de la Criminología en la reparación, la compensación del daño, el acuerdo restaurador entre autor y víctima. Esta tendencia presenta grandes ventajas en comparación con la expiación y la retribución. No obstante, opino que el Derecho penal y la Criminología actual, constituida sobre la base de la Antropología y la Sociología científicas, tiene la capacidad cognitiva, el deber y la energía necesarias para imaginar y elaborar otras alternativas más humanas, más dinámicas: las sanciones recreativas.

Las personas, tanto hombres como mujeres, son activas, prometeicas y tienen la mirada puesta en el futuro. La respuesta al delito debe ser también creativa. Nada de expiar, rechazar o retribuir; en su lugar, generar y regenerar, reconstruir.

En la Capilla Sixtina, la *Creación del hombre*, de Miguel Ángel, muestra la mano de Dios en el momento de la creación del hombre, pero muestra también la mano del hombre, que debe seguir haciendo, forjando, otros hombres como él. Mejor dicho, como Dios.

Por todo ello, la sanción, incluso la privativa de libertad, debe suponer algo más que una simple compensación de la culpa y/o del daño (*Ausgleich*). Tiene que dar lugar a una reconciliación

(*Versöhnung*) (21). Nuestra ciencia y praxis de la Justicia no deben únicamente preservar, conservar, el hombre y el mundo, sino que deben desarrollarlos más y más. El hombre, a la luz de la Ética actual, no puede limitarse a conservar el mundo, sino que tiene la obligación de contribuir a su evolución y maduración. La sanción del futuro impone al autor del delito una tarea rebosante de sentido humano creador y una labor de reconciliación social.

Llego al final, aunque no pretendo llegar a una conclusión. Hemos reflexionado sobre la Ética utópica, de valores máximos. Preguntémonos, inspirados en Karlfried Graf Dürckheim (22), ¿se ha quedado reducido el operador de la Administración de la Justicia a funcionario de una prolífera sociedad de consumo, producción y competitividad con leyes propias como última instancia soberana? ¿Ha errado en su camino interno de manera que, ahora, los más profundos estratos de su alma comienzan a rebelarse, a forzar un giro radical y de gran envergadura para su desarrollo espiritual a escala planetaria?

Hasta ahora hemos hablado de ética civil o secular. ¿Conviene reflexionar ahora, muy brevemente (de un modo general), sobre la ética mística?

La mística, como indica K. Dürckheim (23), no puede describirse, quizás tenga algo que ver con el alejamiento, el desapego, el rapto, algo parecido a lo numinoso, la cualidad que anuncia de forma infalible y clara la presencia de *otra* realidad en la conciencia humana. Ella es algo totalmente diferente. No es el superlativo de una percepción de lo bello o lo bueno...; es algo que nos arrebatara y nos vence con el poder de lo atractivo y peligroso al mismo tiempo, que nos hace salir del ámbito de nuestro universo propio y nos lleva a otro cosmos, que trasciende la dimensión de nuestro propio horizonte, donde algo nos espera, algo con fuerza para destruir o salvar, encadenar o liberar.

Los operadores de la Administración de la Justicia podemos aprender algo de los místicos, como también los místicos pueden aprender algo de los operadores de la Administración de la Justicia.

(21) EVANGELISCHE KIRCHE IN DEUTSCHLAND (1990): *Strafe: Tor zur Versöhnung? Eine Denkschrift der Evangelischen Kirche in Deutschland zum Strafvollzug*, Gütersloher Verl.-Haus Mohn, pp. 122 ss., Gütersloh.

(22) Karlfried Graf DÜRCKHEIM (1982): *Hacia la vida iniciática. Meditar ¿Por qué y cómo?*, versión española por Concha Quintana de la obra francesa titulada *Méditer. Pourquoi et comment*, Mensajero, Bilbao, 255 ss.

(23) Karlfried Graf DÜRCKHEIM (1983): *Vom doppelten Ursprung des Menschen. Als Verheissung, Erfahrung, Auftrag*, 7.^a edición, Herder, Freiburg im Breisgau, pp. 12 ss.

Como resumen de todo lo anteriormente comentado, permítasenos proclamar que en el umbral del tercer milenio la sociedad y la Justicia necesitan cultivar más el respeto y el desarrollo de los derechos/deberes humanos (de la axiología cumbre) de los victimarios, de las víctimas y de los operadores del Poder Judicial.

5. ANEXO: LAS MUJERES LUCHAN PARA VENCER EL MIEDO (24)

«Desde la una de la mañana uno por uno nos fueron sacando. (...) ahí sí me golpearon, tenía ya todavía morados los brazos y la cara y aquí en esta parte de las piernas. Y ahí fue que me hicieron unos toques eléctricos. Ellos me preguntaban “quién es el que viene a organizar a la gente”, que si es el EZLN (...). Pero yo desconozco de todo eso, lo único que decía yo, que me mataran, que mejor no me tuvieran haciendo tortura».

Julieta Flores, la narradora de estas palabras fue violada, le aplicaron corriente eléctrica en los pezones y en las piernas, casi fue asfixiada introduciendo su cabeza en una tina llena de agua, le introdujeron por la fuerza agua mineral con gas y polvos de chile por la nariz y le golpearon todo el cuerpo.

Durante los últimos veinte años, AI ha documentado con preocupación la situación de los derechos humanos en México, haciendo hincapié en los efectos que sobre la población mexicana tiene la persistencia de la impunidad.

La violación de los derechos humanos de las mujeres está estrechamente relacionada con su militancia política, sindical o en movimientos de defensa de los derechos humanos. Con frecuencia son jóvenes o indígenas que no hablan español, lo que las hace más vulnerables.

Compromiso oficial

México se ha comprometido, sin reservas, a poner en práctica la Declaración y Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la ONU sobre la mujer, aprobada en Pekín, así como otras normas internacionales relacionadas con la mejora de la situación de la mujer.

(24) *Amnistía Internacional*, núm. 19, junio 1996.

Sin embargo, sigue prevaleciendo la impunidad para los autores de violaciones de los derechos humanos.

Una delegación de AI visitó México entre el 28 de octubre y el 18 de noviembre de 1995 y expresó su preocupación por el creciente número de violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Entre los casos que más inquietud suscitaron a la delegación figuraban el de las tres hermanas indígenas tzetal violadas y torturadas por miembros del ejército mexicano en Chiapas en junio de 1994, y el de la violación de una niña indígena nahatl de catorce años por miembros de la policía municipal de Cuetzalán, en el estado de Puebla, en noviembre de 1995.

AI ha documentado también violaciones de los derechos humanos tras la represión del ejército mexicano contra el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), después de su levantamiento en enero de 1994. Entre ellas se cuentan mujeres detenidas a las que se ha acusado, entre otros, de los delitos de rebelión, terrorismo, y tenencia ilícita de armas de fuego.

Agresiones por la tierra

También son frecuentes las agresiones relacionadas con los conflictos por disputas sobre la propiedad de tierras, como fue el caso de Julieta Flores Navarro, antes citado.

Las amenazas y agresiones contra las defensoras de los derechos humanos se han incrementado enormemente desde el pasado año; la mayoría de ellas trabaja en favor de minorías indígenas, mujeres y otros grupos precariamente representados en la sociedad mexicana.

Los partidos de la oposición mexicana también son objeto de agresiones: el 14 de octubre de 1995, dos hombres sin identificar mataron a la dirigente del opositor Partido de la Revolución Democrática (PRD), Martha Morales Vásquez.

Muchas violaciones de derechos humanos ocurridas anteriormente en México siguen sin resolverse. La mayoría de los autores de estos delitos continúan en libertad y no se ha compensado debidamente a las víctimas ni a sus familias.

A pesar de la puesta en práctica de programas y cambios legislativos encaminados de forma específica a mejorar la situación de la mujer en México, AI considera que éstos deberían ir acompañados del compromiso político o de acabar de forma efectiva con la impunidad para los autores de abusos como los mencionados.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BERISTAIN, A. (1996): *Epistemología penal-criminológica hacia la sanción reparadora*, Sinaloa, México; ídem. (1994): *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia; ídem. (1990): *De Leyes penales y de Dios legislador*, Edersa, Madrid.
- BERISTAIN, A., NEUMAN, E. (1991): *Criminología y dignidad humana (Diálogos)*, 2.ª edición, Depalma, Buenos Aires.
- CARIO, R. (Comp.) (1996): *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio*, Edersa, Madrid.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos (1996): *Informe Anual, mayo 1995-mayo 1996*, México.
- CUESTA, J. L. de la (1990): *El delito de tortura*, Bosch, Barcelona.
- CUESTA, J. L. de la, DENDALUZE, I., ECHEBURUA, E. (Comps.) (1989): *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián.
- FERNÁNDEZ, D. (1993): *Malabareando. La cultura de los niños de la calle*, Centro de Reflexión Teológica, Universidad Iberoamericana, Centro de Reflexión y Acción Social, México.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1996): *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (1996): *Temas de México*, Asociación Nacional de Abogados, México.
- GARCÍA VALDÉS, C. (1987): *Teoría de la pena*, 1.ª reimpresión, Tecnos, Madrid.
- GIMBERNAT, E. (1990): *Estudios de Derecho penal*, 3.ª edición, Tecnos, Madrid.
- GIMÉNEZ-SALINAS, E. (1990): «La formación criminológica del funcionario de prisiones», *Eguzkilore*, núm. 3 extr., Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 287-292.
- GRACIA MARTÍN, L. (Coord.) (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- KAISER, G. (1996): *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3.ª edición, C.F. Müller, Heidelberg.
- LIMA, M.ª de la L. (1988): *Criminalidad femenina. Teorías y reacción social*, Porrúa, México.
- MARI, E. E. (1983): *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michael Foucault*, Hachette, Buenos Aires.
- MUÑOZ CONDE, F. (1990): «El papel de la Criminología en la formación del jurista», *Eguzkilore*, núm. 3 extr., Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 173-182.
- NEUMAN, E. (1994): *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 2.ª edic. reestructurada y ampliada, Universidad, Buenos Aires.

- RABOSSA, E. A. (1976): *La justificación moral del castigo. El tema del castigo, las teorías tradicionales, sus limitaciones, un nuevo enfoque jurídico*, Astrea, Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L. (1986): *Criminología*, 5.ª edic., Porrúa, México; ídem. (1988): *Victimología. Estudio de la víctima*, Porrúa, México.
- RUIZ VADILLO, E. (1996): *Exigencias constitucionales en el proceso penal como garantía de la realización de la justicia. La grandeza del Derecho penal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- SÁNCHEZ GALINDO, A. (1995): «La victimización de los menores infractores en América Latina», en *Justicia y atención a víctimas del delito*, 50.º Curso Internacional de Criminología, México, 147-170.
- URRA, J. (1995): *Menores, la transformación de la realidad. Ley Orgánica 4/1992*, Siglo Veintiuno, Madrid.
- ZAFFARONI, E. R. (1990): «La enseñanza universitaria de la Criminología en América Latina», *Eguzkilore*, núm. 3 extr., Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 59-71.