

EL DERECHO PENAL ANTE EL FINAL DE ETA

SEMINARIO ORGANIZADO POR LA FUNDACIÓN SABINO ARANA

Iñigo Lamarca Iturbe

Ararteko

Bilbao. 22 de junio de 2012

1.- INTRODUCCIÓN

La Oficina del Ararteko, alto comisionado del Parlamento Vasco para la salvaguarda de los derechos reconocidos y protegidos en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, se ha pronunciado en varias ocasiones sobre las cuestiones que vamos a analizar en este seminario. Lo ha hecho porque ha recibido varias quejas a lo largo de su historia que versan sobre diferentes actuaciones policiales o judiciales cuyo denominador común era, a juicio de las personas reclamantes, la vulneración de derechos fundamentales de la persona y el quebrantamiento de los principios que todo Estado democrático de Derecho ha de respetar y cumplir. Si bien en la gran mayoría de los casos el Ararteko no ha podido, de conformidad con su ley reguladora, abrir expediente de queja, siempre hemos entendido que nada que concierna a los derechos humanos de las personas que residen en la Comunidad Autónoma del País Vasco puede serle ajeno a este alto comisionado. En consecuencia, nos hemos valido de otras herramientas de actuación o de trabajo que la ley, en su aplicación práctica y dinámica a lo largo de los 23 años de existencia de esta Defensoría del Pueblo, ha puesto en nuestras manos: realizar gestiones fuera de los procedimientos reglados ante diferentes instancias políticas y judiciales para lo cual hemos construido argumentos basados en la ética de los derechos humanos y en la interpretación más garantista y avanzada del ordenamiento jurídico, argumentos que, con el fin de promover la cultura de los derechos humanos, los hemos difundido a través del informe anual, de recomendaciones generales, de intervenciones en los foros en los que se nos invita a participar o por medio de artículos de opinión.

El Ararteko siempre se ha pronunciado contra ETA y le ha exigido su disolución incondicional. Los principios éticos y la defensa de los derechos humanos han sido razones muy sólidas e incontestables para sostener dicha posición. El horror y el terror que hemos vivido en las últimas décadas por el ataque despiadado y vil de la citada organización contra la vida, contra los derechos humanos más básicos, contra la

libertad, contra los valores éticos, contra la convivencia, y contra el pluralismo y la diversidad han sido de dimensiones colosales. En torno a 800 personas asesinadas por ETA (incluyendo la rama político-militar ya disuelta) -a las que habría que añadir los más de treinta asesinatos cometidos por los Comandos Autónomos Anticapitalistas- miles de personas heridas, muchos miles de víctimas directas e indirectas, miles y miles de mujeres y hombres que han vivido bajo la amenaza de muerte durante muchos años, con la libertad limitada y con la compañía forzosa de escoltas, muchísimas personas extorsionadas y coaccionadas, muchos miles de niños y niñas que han sufrido cruelmente el asesinato de sus seres queridos o la amenaza constante de muerte contra sus padres.... El Ararteko, como decía, ha denunciado constantemente la terrible vulneración de derechos humanos que ha cometido ETA, y ha manifestado su apoyo a las víctimas y exigido a los poderes públicos la implementación de políticas públicas eficaces para reconocer plenamente los derechos a las víctimas, recogidos en la excelente ley 4/2008 de reconocimiento y reparación a las víctimas aprobada por los tres partidos que conformaban el Gobierno tripartito de entonces, PNV, EA y EB, y por el PSE, el PP y Aralar. Esta posición del Ararteko no fue, desde luego, nunca del agrado de ETA ni del sector social que la han apoyado: mis antecesores fueron objeto de amenazas y de insultos y yo fui acusado, junto con otras personas, en un comunicado de la organización terrorista, de ser “agitador ideológico” de la estrategia represiva del Estado.

La institución del Ararteko ha tenido –o cuando menos se ha esforzado sinceramente por ello- una coherencia plena para con los principios y objetivos antedichos y, en consecuencia ha condenado con la misma firmeza las acciones terroristas de otros grupos que han ejercido la violencia en esta tierra, y que también han asesinado y cercenado gravísimamente los derechos humanos. Hemos de recordar, en este sentido, a las cerca de 70 personas asesinadas por el BVE, los GAL, etc. y a otra decena más cuyos asesinatos, no reivindicados, fueron atribuidos a grupos de extrema derecha o parapoliciales.

Y con igual firmeza hemos denunciado los excesos de la legislación antiterrorista y de su interpretación y aplicación judicial, así como las vulneraciones de derechos que se han producido en la lucha antiterrorista, que han socavado principios que deberían ser inviolables en cualquier Estado democrático de Derecho. Ha habido personas muertas por acciones de la policía en manifestaciones, en controles de carreteras, etc. (más de 90) o que han sido terriblemente torturadas, con resultado de muerte en algunos casos. Ha habido implicación, colaboración y connivencia de responsables políticos y

aparatos del Estado con la actividad criminal de algunos de los grupos terroristas anteriormente mencionados.

Por ello, hemos de otorgarle también un valor de la máxima relevancia a la aprobación por parte del Parlamento Vasco de dos Propositiones No de Ley, la primera en Comisión el 22 de diciembre de 2009 por unanimidad, y la segunda en Pleno el 31 de marzo del pasado año, ambas sobre “las víctimas de violaciones de derechos humanos y otros sufrimientos injustos producidos en un contexto de violencia de motivación política”. Con respecto a la segunda de dichas Propositiones hemos de decir que la iniciativa, firmada por el PNV, el PSE-EE, Aralar, EA y EB, fue aprobada, además de por los citados grupos, también por el PP (aunque este último grupo se abstuvo en el segundo punto del texto que demandaba la constitución de una ponencia). Como consecuencia de dicha Proposición se ha constituido una Ponencia parlamentaria y el Gobierno Vasco ha aprobado el Decreto 107/2012, de 12 de junio, de declaración y reparación de las víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978 en el contexto de la violencia de motivación política vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Más adelante se aprobará un segundo decreto que abarcará el periodo desde 1979 hasta la actualidad. El proceso que se pone en marcha va a estar plagado de dificultades, sobre todo a la hora de la identificación y reconocimiento de quienes han sido víctimas de torturas y malos tratos, pero es importante que los objetivos marcados en las mencionadas Propositiones No de Ley parlamentarias sean satisfechos con éxito a la mayor brevedad.

Puede que alguien piense que las consideraciones precedentes quedan fuera del objeto de este seminario. Por el contrario, a mi modo de ver son premisas que deben tomarse en consideración necesariamente porque se refieren a elementos o factores que forman parte del contexto en el que han surgido las leyes penales y penitenciarias que vamos a analizar; y es en ese contexto, que ha ido cambiando a lo largo de los años, en el que se han aplicado y han de aplicarse dichas leyes. Las Propositiones anteriormente referidas hablan en su enunciado de “contexto de violencia de motivación política”. Por otra parte, el decreto del Gobierno Vasco mencionado establece como fecha de inicio para el reconocimiento de estas víctimas el año 1960, en el que se produjo la muerte de la niña Begoña Urroz como consecuencia del estallido de una bomba colocada muy probablemente por ETA. En todo caso, en el debate parlamentario sobre las Propositiones y en el preámbulo del Decreto al que nos hemos referido se explicita la ligazón entre estas víctimas y la existencia de ETA, en el sentido de que las mismas se han producido en el contexto de la respuesta de los

poderes públicos contra dicha organización terrorista. El uso de los dispositivos, recursos y herramientas de todo tipo por parte del Estado lo ha sido contra una organización que ha practicado la violencia para conseguir fines políticos por vías no democráticas. Una organización que ha contado con el apoyo de un sector significativo de la sociedad vasca, no lo olvidemos porque este es un dato clave. Por consiguiente, los elementos principales que se significan en lo que el propio Parlamento Vasco ha calificado como de contexto de motivación política han sido la actividad criminal y terrorista de ETA, que perseguía conseguir fines políticos mediante vías antidemocráticas, así como las actuaciones criminales de los demás grupos terroristas y la lucha antiterrorista del Estado. En pura lógica, las novedades que se han producido y se están produciendo en ese contexto con fuertes connotaciones políticas habrán de ser tenidas en cuenta en el desarrollo, interpretación y aplicación del Derecho penal. En definitiva, las leyes penales y penitenciarias que se han creado y aplicado para combatir a ETA deben modificarse y adecuarse a los nuevos tiempos que estamos viviendo.

2.- DERECHOS HUMANOS Y LUCHA ANTITERRORISTA

2.1 La necesaria coherencia de la intervención penal

La ética de los Derechos Humanos no se puede relativizar. Cada uno de ellos ha de ser respetado y salvaguardado específica e individualmente, sin que puedan ser objeto de prestaciones y contraprestaciones que supediten su defensa a las circunstancias del momento. Así lo ha sostenido el Ararteko a lo largo de su constante denuncia de la actividad criminal de ETA, y de este mismo principio hemos partido para criticar, siempre desde el Derecho, una tendencia observable no sólo en nuestro país, sino en todos los de nuestro entorno jurídico-político desde hace una década: una especie de revolución silenciosa que, en relación con determinados delitos, y en particular los de terrorismo, introduce una nueva percepción de la persona sobre la que recae el peso de la ley penal, hasta acabar viendo en ella alguien ajeno a la sociedad, y a quien por ello no tienen por qué serle respetados los derechos que ésta reserva a sus miembros.

A juicio de esta institución, por el contrario, esos derechos representan principios que no es posible desconocer sin hacer peligrar la calidad democrática del sistema. Por decirlo con las palabras del Tribunal Constitucional: *"La pretensión de asegurar a ultranza, mediante controles preventivos, la seguridad del Estado constitucional, pone muy en primer lugar en riesgo al propio Estado constitucional"*

Por eso, si en este momento queremos animar a los poderes públicos a dar pasos para acabar con la excepcionalidad en esta materia, no es porque creamos que la coyuntura política abra la puerta al ejercicio de derechos que, hasta ahora, no existieran para las personas acusadas de participación en actividades terroristas, o por integrar lo que se considera su entorno social. Se trata más bien de reivindicar que, tras el anuncio de ETA del cese definitivo de su actividad criminal y de la alta probabilidad de su desaparición definitiva, cobra más fuerza si cabe una idea a nuestro juicio fundamental: que los efectos de la intervención penal han de ser coherentes con los valores de convivencia en libertad en cuya defensa encuentra aquélla su razón de ser.

2.2 Excepcionalidad penal y convivencia

No se trata sólo de acabar con ETA, con su capacidad para matar y coartar la libertad de los sometidos a su amenaza. Debemos tratar también de que el Estado democrático de Derecho gane la lucha por la legitimidad que el terrorismo trataba de poner en cuestión, lo que habría que cifrar en el logro de un consenso básico sobre tres elementos: necesidad de cumplimiento de la pena que ese Estado, legítimamente, asigna a quienes lo han practicado; reconocimiento y reparación del daño producido a las víctimas; y aceptación de las reglas democráticas para la vida política, con exclusión expresa de la violencia.

Pues bien, así como creo necesario su logro para fundamentar la convivencia tras el fin de ETA, creo también que la solidez de un consenso de este tipo ha de depender, en última instancia, de la calidad democrática del sistema. Calidad que sería necesario reforzar, a nuestro juicio, en la medida en que la eficacia en la lucha antiterrorista se hubiera conseguido al precio de un deterioro del régimen de derechos y libertades. Es aquí donde resulta ineludible recordar los tres reproches que la mejor doctrina penal viene formulando frente a la legislación antiterrorista en vigor, coincidentes, no por casualidad, con las tres características “canónicas” del llamado “Derecho Penal del Enemigo”:

- Adelantamiento de las barreras de protección hasta configurar un ámbito de lo típico de límites tan difusos como el que define las distintas formas de colaboración o apología. Ello ha propiciado que la Administración, a través de los informes elaborados por los servicios policiales de inteligencia, instara a la criminalización de conductas que, sin embargo, debían entenderse, a nuestro juicio, amparadas por los derechos a la libertad ideológica y a la participación

política. Recordemos, en este sentido, los largos macrojuicios contra el llamado “entorno” de ETA como el 18/98, Udalbiltza o Bateragune.

- Respuesta punitiva exacerbada, sobre todo para conductas colaterales que resultan incriminadas como consecuencia de esa ampliación, y a las que la Ley asigna penas desproporcionadamente altas para el desvalor que representan.
- Relativización o supresión de garantías, cuyo máximos exponentes acaso hayan sido los cierres de los diarios Egin y Egunkaria, así como el régimen de incomunicación y la falta de investigación efectiva de las denuncias de maltrato o tortura que se han formulado. Este mismo mes ha sido dada a conocer la última condena a España por este motivo, emitida nada menos que del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Y no hace dos semanas que Amnistía Internacional hiciera pública una declaración, tras la visita a Euskadi de una delegación encabezada por Nicola Duckworth, directora global de investigación en el Secretariado Internacional de esta organización, criticando que en España se lleve ante los tribunales a quien alegue haber sufrido maltrato y tortura, en vez de adoptarse de una vez medidas como las que esta Defensoría, entre otras instituciones, viene propugnando para su efectiva prevención, investigación y castigo.

El peligro de que las medidas antiterroristas produzcan este efecto indeseable no es exclusivo de nuestro contexto. Se trata de un patrón conocido en todo el mundo, y haríamos mal en echarle la culpa al mensajero que nos alerta contra él, un papel que desde 2005 viene desempeñando el Relator que las Naciones Unidas tienen designado, precisamente, para la defensa de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo.

Frente a este estado de cosas, la Oficina del Ararteko siempre ha reivindicado principios que son producto de la lucha por el Derecho, como el de humanidad de las penas, el de responsabilidad proporcional al daño que causa a la sociedad lo que uno hace, el principio de que el Derecho Penal es la última herramienta para salvaguardar los valores y condiciones materiales que hacen posible esa convivencia, así como el principio de que el sentido de las penas ha de ser su utilidad social de cara a la prevención de delitos y la reinserción.

3.- CAMBIOS DESEABLES EN MATERIA DE EJECUCION PENAL

Los principios hasta aquí expuestos representan nuestro punto de partida para identificar las posibilidades de mejora y cambio que existen, dentro del marco jurídico-constitucional, para el cambio de rumbo que propugnamos.

3.1.- Una política criminal y penitenciaria al servicio de la lucha antiterrorista

Toda pretensión de formular una propuesta de modificación de los criterios que presiden la individualización penitenciaria debe comenzar, en aras de la coherencia, por situarlos en la perspectiva de la política criminal a la que responden. Al margen de la cuantía de las penas que cumplen en la actualidad las personas condenadas por delitos de terrorismo, los obstáculos normativos que impiden su acceso al tercer grado o a la libertad condicional fueron introducidos hace una década, a raíz de la LO 7/2003. Ahora bien, esta ley no se entiende, a su vez, si no es en el contexto del cambio de modelo político-criminal operado en el ordenamiento jurídico español a partir de 1996, y que abarca tanto sus aspectos sustantivos como procesales y de ejecución. Un modelo que busca alejarse del estricto carácter garantista propio del derecho penal liberal, acentuando su carácter de herramienta en la lucha contra el crimen hasta configurar un auténtico “Derecho Penal para la seguridad”: una mezcla de punitivismo (la pena como único instrumento para el control de la criminalidad) y derecho penal simbólico (la tipificación penal como mecanismo creador de identidad social), que ha dado lugar a que España tenga la mayor tasa de presos por habitante de Europa a pesar de que su tasa de criminalidad, paradójicamente, sea de las más bajas.

Por otra parte, cuando nos referimos a los presupuestos de aplicación, por ejemplo, del régimen abierto o de la libertad condicional, hemos de ser conscientes de que esta “*individualización penitenciaria*” opera dando un contenido cualitativo concreto a la pena ya previamente individualizada en sede judicial. Esta “*individualización judicial*” debe respetar, a su vez, los márgenes que el legislador haya establecido por medio de la “*individualización legal*” de la conducta de que se trate, y que vendrán dados por la pena que le asigne en abstracto la norma que la tipifique, en combinación con las reglas generales de determinación de la pena. No descubro nada, en un foro cualificado como éste, al hacer referencia a estas tres fases. He querido no obstante traerlas a colación por señalar que en todas ellas se hace política criminal, toda vez que el desarrollo y evolución de ésta, como acertadamente señalaba hace escasas fechas en la Universidad de Deusto el Profesor Tamarit, no sólo depende de la actuación del legislador, sino también de la de la Judicatura y la Fiscalía.

Y así, tan pronto se integraron en el ordenamiento jurídico-penal las novedades que introdujo la citada LO 7/2003, comenzaron a desplegar sus efectos funcionales, efectivos, de forma acumulada y simultánea con reformas introducidas con anterioridad en las fases previas de individualización. Y con ellas han venido operando como un todo, esto es, al margen de los fines teóricos que el legislador, al adoptarlas, quiso atribuirles. Es decir, en la medida en que la clasificación penitenciaria mantenía como justificación teórica su carácter instrumental al servicio del tratamiento, de acuerdo con el principio de “individualización científica”, el modelo que comentamos seguía apelando a ese discurso como justificación de las novedades que introducía. En la práctica, sin embargo, su progresiva implantación supuso el bloqueo sistemático de las posibilidades de progresión de grado para los presos condenados por determinados delitos, o de su paso a regímenes de semilibertad o libertad condicional, mediante el endurecimiento y modificación de los requisitos para su concesión en nombre del mal llamado “cumplimiento efectivo” de las penas, como si éstas no se cumplieran de forma efectiva más que en régimen cerrado y sin permisos. En ocasiones, esta finalidad llegaba a formularse de forma explícita, como cuando la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, tras la ritual apelación a los principios de reinserción y reeducación, señala como objetivos de la reforma algunos tan ajenos a los mismos como el logro de *“una lucha más efectiva contra la criminalidad”*, o de *“una respuesta más contundente del ordenamiento jurídico penal”*.

Acaso el ejemplo más claro de cuanto venimos diciendo sea el impacto que tuvo en el modelo penitenciario, teóricamente basado en la “individualización científica”, la reforma del art. 36.2 del Código Penal, que impide el acceso al tercer grado de las personas condenadas a penas de más de cinco años, hasta que hayan cumplido la mitad de su condena. Este *“periodo de seguridad”* puede revocarse, pero no en los delitos de terrorismo. Con ello, lo que hasta ese momento era materia de individualización penitenciaria según criterios de prevención especial, pasa a ser individualización legal según criterios de prevención general, desnaturalizando la clasificación como instrumento de tratamiento: es evidente que lo que se pretendía no era otra cosa que endurecer el castigo para los delitos de terrorismo, tanto cuantitativamente (penas de mayor duración) como cualitativamente (favoreciendo su cumplimiento en régimen cerrado). Así lo ha venido poniendo de manifiesto la doctrina penal vasca, con trabajos tan relevantes como los que han dedicado a este tema los profesores Muñagorri, De la Cuesta, Echano y Landa, o los de la profesora y magistrada del Tribunal Constitucional Adela Asúa, cuyo reciente voto particular a las sentencias del citado tribunal que avalaron la llamada Doctrina Parot representa, a

nuestro juicio, una expresión particularmente lúcida de la disconformidad doctrinal con la contradicción que comentamos.

3.2 Incidencia del fin de la actividad terrorista en materia de ejecución penal.

Aun con todo, las políticas practicadas hasta el momento en el ámbito penitenciario no han renunciado a conciliar ambos discursos: el que insiste en su carácter de instrumento al servicio de la lucha antiterrorista, y el que pone el énfasis en su dimensión resocializadora. Para ello han venido apelando a que, en realidad, los beneficios penitenciarios no son derechos de los presos, sino herramientas de cara a su reinserción: si una persona se ha de entender reinsertada en la medida en que vaya a llevar una vida en libertad sin delinquir, carece de sentido otorgar tales beneficios -se decía- a quien no se desliga de una organización dedicada, precisamente, a cometer los delitos que le han llevado a prisión.

Pues bien, en la nueva fase en la que nos hallamos tras el anuncio de cese definitivo de su actividad criminal por parte de ETA, teniendo en cuenta las circunstancias y los hechos que están concurriendo en el nuevo escenario y teniendo en cuenta también que las normas se han de interpretar *“según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”* (art. 3.1 del Código Civil), en esta nueva fase se debilita enormemente, a nuestro juicio, la aplicación de la ley desde el prisma señalado, al tiempo que cobran fuerza interpretaciones como las que desde esta institución se venían propugnando. ¿Qué queremos decir? El espíritu y la finalidad de los que habla el Código Civil, en el caso de las normas de determinación de la pena aplicables a los presos de ETA hacen abstracción de su retórica resocializadora, para centrarse en un objetivo extrapenitenciario como es acabar con la actividad terrorista de ETA. Por eso, el fin de esa actividad representa una realidad social radicalmente nueva a estos efectos, cuya incidencia no puede limitarse al ámbito de la interpretación del ordenamiento: apela también al margen de actuación que corresponde en materia de política criminal, como hemos expuesto, a todas las instancias que intervienen en las diversas fases de individualización de la pena, desde el legislador hasta la Judicatura, la Fiscalía y la Administración penitenciaria. A todas ellas les demandamos que remuevan los obstáculos que impiden, en este momento, que los presos de ETA cumplan sus condenas de acuerdo a los criterios generales y universales. Son tres las demandas fundamentales que cabe formular al respecto:

- Que cumplan su condena en cárceles próximas a sus lugares de origen, en base al Principio 20 del Conjunto de Principios de Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Con ello se satisfaría un triple objetivo: favorecer su reinserción social, tal como exige el ordenamiento jurídico, evitar el desarraigo social de los penados, favoreciendo sus vínculos sociales, y acabar con los efectos negativos, costes y riesgos que el alejamiento comporta para familiares y amigos, que no son justificables de ningún modo y que son perfectamente evitables en la actual situación.

- Que la Administración penitenciaria facilite la aplicación de las normas legales que prevén la excarcelación, con las cautelas que sean necesarias, de los internos que padezcan enfermedades graves e incurables.

- Que su clasificación penitenciaria se rija por el pronóstico individualizado de sus posibilidades de llevar una vida en libertad sin delinquir, de manera que puedan acceder al régimen de vida que resulte más indicado, en cada caso, para favorecer sus itinerarios de inserción social, laboral y familiar. En relación con este punto quisiera apuntar dos ideas:
 - La Constitución dice que la ley no podrá autorizar indultos generales. Ahora bien, las medidas que en este momento se están solicitando hacen referencia a circunstancias individuales, que como tales deben ser tratadas: condiciones de salud, tiempo que les resta por cumplir, redenciones acumuladas, posibilidades de inserción sociolaboral en función de la red de apoyo con la que cuentan etc. Y no deja de ser paradójico que, hasta ahora, el rechazo de la Administración a adoptar las medidas de reinserción en función de los mismos (posibilidades de ser excarcelado por causa de enfermedad grave o incurable, la cercanía de la prisión a su lugar de residencia para que sus familiares puedan visitarle, progresión de grado, o salidas por motivos laborales) ha sido colectivo, en aras de un fin extrapenitenciario, como es la lucha antiterrorista.

 - No hay contradicción entre el hecho de que los presos adopten sus decisiones colectivamente y la atención a las circunstancias de cada cual a efectos de medidas de reinserción. Además de lo discutible que resulta inferir la peligrosidad de un preso de su antigua pertenencia a

una organización, no parece razonable que su pronóstico criminal sea el mismo una vez que ésta, habiendo practicado la violencia terrorista, ha renunciado definitivamente a ella. Recordemos, por otra parte, que si bien los presos de ETA no son presos políticos porque no han sido encarcelados por sus ideas sino por sus hechos, estamos ante una delincuencia por convicción, que no obedece tanto a intereses ni a circunstancias personales como a su adscripción ideológica a los postulados de una organización. La peligrosidad de sus miembros, por tanto, no vendrá determinada tanto por lo que puedan declarar individualmente sobre su renuncia a la actividad delictiva pasada, como por la renuncia de la organización terrorista a continuar con ella en el futuro. Y en el mismo sentido, el hecho de que las iniciativas de los presos estén siendo colectivas no debe ser visto, a nuestro juicio, como una amenaza de que persista su peligrosidad criminal, sino como una oportunidad para que la presión del grupo contribuya a la asunción, por parte de todos y cada uno de sus miembros, de que esa actividad ha terminado para siempre.

4.- ESPECIAL CONSIDERACION DE LOS REQUISITOS PARA EL ACCESO AL TERCER GRADO Y A LA LIBERTAD CONDICIONAL

Quisiéramos referirnos a los requisitos específicos que, en las circunstancias históricas actuales, cabría exigir a los miembros de ETA en prisión para que fuera posible formular, individualizadamente, el pronóstico favorable de reinserción que necesitan para acceder al tercer grado y la libertad condicional. Después de la declaración de ETA de poner fin de forma definitiva a su actividad violenta, y teniendo en cuenta la adhesión del autodenominado “Colectivo de Presos Políticos Vascos” a los pronunciamientos que al respecto contiene el Acuerdo de Gernika, entendemos que no debería resultar problemático encontrar fórmulas para que cada uno de sus miembros suscribiera una declaración que satisfaga lo que, a estos efectos, exigen los arts. 90 del Código Penal y 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

- La primera exigencia es que el penado abandone tanto los medios de su actividad terrorista –lo que resulta lógico- como también los fines de la misma. Son conocidas las críticas que la introducción de este requisito suscitó entre la doctrina penal y constitucional, que con razón alertaban frente a la instauración de una suerte de “peligrosidad ideológica”. Efectivamente, en un

régimen de libertades no puede ser lícito juzgar la capacidad y la voluntad de una persona para vivir sin delinquir dependiendo de que esté dispuesta o no a abandonar su aspiración a la independencia nacional, o el socialismo o, para el caso, cualquiera de las múltiples causas que ETA, en su mesianismo alucinado, haya dicho defender a lo largo de su historia.

Por eso, sin perjuicio de abogar por la modificación de esta norma, creo que los criterios hasta aquí expuestos avalarían una interpretación que la conciliara con la libertad ideológica partiendo de la relación simbiótica entre medio y mensaje. Mucho antes de que McLuhan la popularizara en el ámbito de la teoría de la comunicación, esta relación había sido formulada por Gandhi en su ética de la acción política, al afirmar que *“el fin está en los medios como el árbol en la semilla”*: es decir, más allá de que lo ilícito de la actividad terrorista resida en sus medios pero no en sus fines, este requisito nos estaría recordando que el uso del terrorismo prefigura, configura y determina inevitablemente el fin al que dice aspirar, convirtiendo sus postulados iniciales en algo distinto, incompatible con la convivencia en paz. Según esto, cualquier aspiración política del preso, por justa que fuera, revelaría la peligrosidad de éste en la medida en que no renunciara a conseguirla por medio de la violencia o la coacción. Sólo en esa medida cabría entender, por tanto, los contenidos finalistas de la renuncia al terrorismo que exige su pronóstico de reinserción, de manera que el único fin de la actividad terrorista cuyo abandono cabe exigir a un preso es su aspiración a que su organización, sirviéndose de dicha actividad, llegue a constituirse en factor que condicione antidemocráticamente la vida política y social. Por el contrario, si ha rechazado explícitamente la violencia como medio para la obtención de fines políticos, ha de entenderse que éstos también han sido abandonados en lo que tuvieran de indicio de su peligrosidad criminal.

- Más claras son aún, a nuestro juicio, las posibilidades que se abren con el fin de la actividad de ETA en relación a la segunda de las exigencias que establecen las normas mencionadas: la colaboración activa con las autoridades, bien sea para evitar la perpetración de nuevos delitos, bien para atenuar los efectos de su delito, o bien para impedir o castigar la actuación de la organización terrorista o lograr el castigo de sus acciones. Si la finalidad de este aspecto de la norma se cifra en el logro de cualquiera de estos puntos, parece evidente que estaría satisfecha con la adhesión del preso a la declaración de cese definitivo de la actividad armada por parte de ETA.

- Por lo que se refiere a la declaración de repudio y abandono de sus actividades delictivas y la petición de perdón, no cabe duda de su relevancia a efectos de justicia restaurativa. Ahora bien, la ley no las contempla como requisito para un pronóstico favorable de reinserción, sino que se limita a proponerlas como uno de los medios, entre otros posibles, con los que cabría acreditar el cumplimiento de las exigencias señaladas.

Cabe decir que se plantea que este medio de prueba se constituya en requisito, con el fin de que la petición de perdón represente la expresión última del triunfo de la democracia sobre sus enemigos. A nuestro modo de ver, la expresión más elevada del triunfo de la democracia pasa por la incorporación de quien combatió al Estado democrático de Derecho violando sistemática y gravísimamente lo que constituye su columna vertebral, esto es los derechos humanos y los valores éticos que los sustentan, al consenso democrático sobre la legitimidad, vigencia y asunción de los fundamentos del Estado democrático de Derecho. Pues bien, a este respecto quisiera apuntar dos ideas:

- Por un lado, que el primero de los elementos que he señalado para dicho consenso –la necesidad de asumir la responsabilidad por los delitos cometidos- resulta perfectamente compatible con la corrección de los criterios excepcionales que, hasta el momento, han presidido la individualización y ejecución de las penas impuestas a las personas condenadas por terrorismo. Teniendo en cuenta que ello no supondría otra cosa que la aplicación de los criterios universales y generales propios de un Estado democrático, no parece que tuviera coste alguno para el Estado en términos de legitimidad, sino al contrario.
- Por otro, y relacionado con este último aspecto, en la medida en que los criterios hasta ahora aplicados han supuesto, como venimos sosteniendo, un deterioro del régimen de derechos y libertades en aras de la eficacia en la lucha antiterrorista, su corrección contribuiría sin duda al fortalecimiento del consenso sobre la legitimidad del sistema en términos de calidad democrática. No como compensación a los terroristas por haber abandonado su actividad, sino por la necesaria coherencia de la intervención penal con su función de instrumento al servicio de la convivencia en libertad.

5.- REFLEXIÓN FINAL

Aunque ETA no se haya disuelto formalmente, cosa que deseamos fervientemente y debemos exigirselo desde la ética de los derechos humanos, es evidente que en los dos últimos años han ocurrido hechos significativos que indican de manera inequívoca que el final de la violencia practicada por la citada organización terrorista es irreversible. ETA hizo, como es sabido, una declaración pública el 20 de octubre de 2011, a través de la cual anunció el cese definitivo de su actividad armada. Además, constituyen hechos muy significativos el rechazo de la violencia explicitado en los Estatutos del partido Sortu y expresado por portavoces de la citada formación así como por dirigentes históricos de Batasuna, e igualmente lo son la disolución reciente de Askatasuna y de Segi. Todos estos hechos constituyen, entre otros, elementos de singular relevancia que forman parte del contexto y de la realidad social del tiempo presente, que la interpretación y aplicación de las leyes penales y penitenciarias no pueden soslayar sin violentar lo dispuesto por las normas que a ese respecto establece el Código Civil. A estas alturas, no cabe duda de que el sector sociopolítico que ha justificado, alentado y alimentado a ETA ha explicitado por activa y por pasiva el rechazo del uso de la violencia y su apuesta firme e irreversible por las vías democráticas y pacíficas para la consecución de sus objetivos políticos. Todos sabemos en Euskadi lo que eso implica: ETA se queda sin oxígeno y las posibilidades de que reinicie su actividad criminal, aun cuando dicha organización o un sector de la misma lo intentase en un futuro, devienen en prácticamente nulas.

Si en base a las funciones que tenemos encomendadas hemos sostenido a lo largo del tiempo las posiciones que he expuesto, la nueva situación en la que nos encontramos añade poderosos argumentos hermenéuticos a nuestros puntos de vista. Las leyes penales y penitenciarias han de ser fieles a los principios del orden democrático-constitucional en su sentido más avanzado o progresivo porque los valores que sustentan el sistema de derechos humanos empujan en esa dirección y porque las nuevas circunstancias demandan enfoques nuevos que se correspondan con las mismas.

En este nuevo contexto, el rechazo de la violencia por parte de destacados dirigentes de Batasuna (rechazo que adquiere una nueva dimensión tras la legalización de Sortu por parte del Constitucional) así como la disolución de Askatasuna y de Segi deberían situar necesariamente en un nuevo escenario jurídico-penal-penitenciario las penas de

cárcel que están cumpliendo miembros de las citadas tres organizaciones por su mera pertenencia a las mismas o por colaboración con banda armada.

Me he referido a los valores que fundamentan y alimentan los derechos humanos. Sostengo que los mismos se erigen en parámetros adecuados para dimensionar en su seno los procesos de reinserción de las personas condenadas por la comisión de delitos relacionados con el terrorismo. Trabajar para que estas personas asuman con todas las consecuencias los valores democráticos de respeto a los derechos humanos es la mejor contribución que podemos hacer a favor de la paz, de la convivencia y del pleno reconocimiento de los derechos de las víctimas. Admitir por parte de los victimarios que la vulneración de derechos que ha ocasionado la actividad violenta y terrorista de ETA es éticamente reprobable, más allá de cualquier otra consideración, supondría, a nuestro juicio, un paso gigantesco que generaría dinámicas nuevas y muy positivas para el logro de los objetivos señalados.

La cultura a favor de los derechos humanos puede aportarnos, además, desde un prisma metajurídico, los ingredientes necesarios para que empecemos a cimentar el tiempo histórico post-ETA sobre bases sólidas que favorezcan el rechazo compartido de las violencias que hemos sufrido, el mantenimiento de la memoria de las víctimas así como de la memoria de los horrores vividos y padecidos en las últimas décadas, y la construcción de una Euskadi dotada de un renovado y vigoroso tejido moral que excluya y condene toda conculcación de derechos.