

INFORME FINAL

Reinserción y personas presas de ETA: análisis jurídico de su estado actual y orientaciones de futuro

COORDINADORES DEL PROYECTO

Prof. Joxe Ramón Bengoetxea

Prof. Jon Mirena Landa

AUTORES DEL INFORME

Prof. Jon Mirena Landa (Coord.)

Prof. Juan Echano

Prof. Xabier Etxebarria

Prof. Enara Garro

ASESORES EXTERNOS

Prof. Frieder Dünkel

Prof. Johannes Feest

Prof. Amane Gogorza

Prof. José Manuel Gómez Benitez

Prof. Heike Jung

Prof. Tapio Lappi-Seppälä

Prof. Elena Larrauri

Prof. Liora Lazarus

Prof. Sharon Shalev

UPV-EHU

U. Deusto

U. Mondragón

Por encargo de la Secretaría Paz y Convivencia (Gobierno Vasco)

Diciembre, 2014

INDICE

1. INTRODUCCIÓN: DECÁLOGO Y PROCESO DE ELABORACIÓN	3
2. DECALOGO PARA UNA POLITICA PENITENCIARIA RESPECTO DE LAS PERSONAS PRESAS POR DELITOS DE TERRORISMO DE ETA CONFORME A LOS DERECHOS HUMANOS.....	5
BLOQUE A. PRESUPUESTOS.....	5
2.1. PRINCIPIO DE REINSERCIÓN INDIVIDUALIZADA, TERRORISMO Y DISCRIMINACIÓN	5
2.2. FINES DE LA PENA Y SU MATERIALIZACIÓN EN LA FASE DE IMPOSICIÓN DE SENTENCIA Y DE EJECUCION.....	6
BLOQUE B. CONSECUENCIAS	7
2.3. ALEJAMIENTO.....	7
2.4. CLASIFICACIÓN EN PRIMER GRADO	8
2.5. MÁXIMOS Y MÍNIMOS DE CUMPLIMIENTO: EL PERIODO DE SEGURIDAD.....	9
2.6. ABANDONO, COLABORACIÓN Y SU ACREDITACIÓN: LA DESVINCULACIÓN	10
2.7. ABANDONO, COLABORACIÓN Y SU ACREDITACIÓN (II): PERDÓN, REPUDIO DE LA VIOLENCIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL.....	11
2.8. LA SITUACIÓN EN FRANCIA	12
2.9. LAS VÍCTIMAS	14
BLOQUE C. A MODO DE SÍNTESIS: PROPUESTA FINAL.....	15
2.10. REFORMA, REINTERPRETACIÓN Y REFLEXIÓN FINAL	15
ANEXOS.....	17

1. INTRODUCCIÓN: DECÁLOGO Y PROCESO DE ELABORACIÓN

1.1. El presente informe –o decálogo- es el **documento final** de una iniciativa conjunta de las Universidades de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea UPV/EHU, Universidad de Deusto UD, Mondragón Unibertsitatea MU) y del Gobierno Vasco (Secretaría General de Paz y Convivencia: Plan de Paz y Convivencia 2013-2016) los cuales, mediante un Convenio de Colaboración, han posibilitado un trabajo de análisis académico, técnico-jurídico, sobre la situación de las personas presas por delitos de terrorismo de ETA. El informe pretende diseccionar hasta qué punto la actual política penitenciaria respecto de las personas presas citadas es conforme a los estándares internacionales y regionales (particularmente europeos) en la materia e incluso hasta qué punto presenta elementos de dudosa constitucionalidad o ilegalidad. El informe también incluye propuestas de futuro.

1.2. **Metodología y antecedentes.** A este documento final se ha llegado tras un año de trabajo en el que han participado una veintena de profesores y profesoras expertos en derecho penitenciario, terrorismo y derechos humanos de diversos países de Europa bajo la coordinación de los Profs. Joxerramon Bengoetxea UVP/EHU y Jon-Mirena Landa UPV/EHU. La metodología de trabajo y sus fases de desarrollo se describen brevemente a continuación.

En primer lugar se formó un grupo local de expertos en derecho penal y derecho penitenciario (Prof. Jon Mirena Landa –coordinador- Universidad del País Vasco UPV/EHU, Prof. Juan Echano Universidad de Deusto UD, Prof. Xabier Etxebarria Universidad de Deusto UD y Prof. Enara Garro Universidad del País Vasco UPV/EHU) que en Marzo de 2014 presentaron un primer **Informe Preliminar**. Este documento, que se añade a este informe como Anexo 1, tenía la función de acumular, estructurar, sintetizar y actualizar la información sobre el estado presente de la política penitenciaria y su aplicación efectiva para ofrecérsela a los expertos nacionales e internacionales que, en una segunda fase, lo tomarían como base y punto de partida para emitir su propio dictamen.

El 18 de Septiembre de 2014 se celebró un **Seminario Internacional** (*Workshop on the Report concerning penitentiary policy applied to ETA prisoners by Spanish Authorities*, en la sede del Instituto de Sociología Jurídica de Oñati, Gipuzkoa) para la discusión de los informes emitidos por los expertos. Estos informes presentan un estilo de respuesta a las preguntas planteadas en el informe preliminar. En particular se recibieron tres documentos que se añaden también como anexos (2, 3 y 4) a este informe final:

- *Comments on the Report on the current state of penitentiary law and its application to crimes of terrorism by ETA*, realizado por el panel de expertos internacionales compuesto por el Prof. Frieder Dünkkel, Universidad de Greifswald –Alemania-; Prof. Tapio Lappi-Seppälä, Helsinki –Finlandia-; y Prof. Liora Lazarus, Universidad de Oxford –Reino Unido- (Anexo 2);

- *Comentarios sobre el Informe Preliminar*, realizado por el Prof. José Manuel Gómez Benítez, Universidad Complutense –Madrid- (Anexo 3);
- *Comentarios en relación con la situación penitenciaria de miembros de ETA. Perspectiva comparativa* realizado por la Prof. Amane Gogorza, Universidad de Bordeaux –Francia- (Anexo 4).

En el seminario, no obstante, se recibieron a su vez los comentarios orales al documento preliminar por parte de la Prof. Elena Larrauri, Universidad Pompeu Fabra –Barcelona-, quien también participó en una sesión preparatoria del seminario en la Universidad de Oxford junto a los Profs. Liora Lazarus y Jon Mirena Landa. Asimismo los Profesores Johannes Feest (Universidad de Bremen), Heike Jung (Universidad de Saarland), Sharon Shalev (Universidad de Oxford), Gema Varona (Universidad del País Vasco) y las juristas Nekane San Miguel y Alison Hogg, hicieron sus aportaciones y comentarios a lo largo del seminario.

Por último, pero no menos importante, hicieron también valiosas aportaciones la Prof. Nicola Padfield (Universidad de Cambridge, Reino Unido) quien discutió el informe preliminar con el Prof. Jon Mirena Landa, y remitió posteriormente comentarios al documento preliminar, en una reunión celebrada en el Fitzwilliam College de la Universidad de Cambridge en Julio de 2014. También fue discutido de forma intensa el documento preliminar con base en una ponencia presentada por el Prof. Jon Mirena Landa en un seminario celebrado en Agosto de 2014 en la Universidad de Nottingham y organizado por el Prof. Dirk Van Zyl Smit con la participación y aportaciones destacadas de la Prof. Catherine Appelton, Universidad de Nottingham –Reino Unido-; y los Profs. Javier De León Villalba y Beatriz López Lorca, Universidad Castilla la Mancha y el Prof. Bill Dixon, Universidad de Nottingham –Reino Unido-.

1.3. El seminario internacional y todo el proceso de discusión complementario y preparatorio del mismo pretendía identificar los puntos comunes entre todos los expertos para llegar a un documento final que pudiera reflejar los aspectos críticos esenciales. Este decálogo, por tanto, refleja esencialmente las aportaciones de los participantes en el proceso y es una **síntesis de los aspectos comunes y compartidos** por el conjunto de los expertos locales, nacionales e internacionales que pretende poner a disposición de la opinión pública un documento que pueda ser útil para hacer posible una política penitenciaria más ajustada a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Este decálogo o informe final, en cualquier caso, debe comprenderse e interpretarse a la luz del todo el proceso de discusión que le precede y de los documentos que se incluyen como anexos y que contribuyen, sin duda, a explicar y detallar su contenido de forma más ajustada y ampliada.

2. DECALOGO PARA UNA POLITICA PENITENCIARIA RESPECTO DE LAS PERSONAS PRESAS POR DELITOS DE TERRORISMO DE ETA CONFORME A LOS DERECHOS HUMANOS

Este decálogo se divide en tres bloques y diez puntos: dos presupuestos, principios o cuestiones generales (bloque A); siete puntos concretos relativos a aspectos particulares a modo de corolarios que se derivan de los principios previamente asentados (bloque B) y una síntesis final a modo de propuesta operativa (bloque C).

BLOQUE A. PRESUPUESTOS

2.1. PRINCIPIO DE REINSERCIÓN INDIVIDUALIZADA, TERRORISMO Y DISCRIMINACIÓN

Las personas presas por delitos de terrorismo de ETA en España son destinatarias de una política penitenciaria particular y específica, diferente de la del resto de internos, cuyas manifestaciones más relevantes son: la intervención generalizada de comunicaciones; la política de dispersión por todos los centros penitenciarios peninsulares; la denegación generalizada de permisos de salida; la inclusión en un fichero centralizado (FIES); la sistemática clasificación en primer grado de tratamiento y la existencia de requisitos adicionales (irreversibilidad del periodo de seguridad –art. 36.2 CP, cumplimiento efectivo de las penas –art. 78 CP-, abandono y colaboración –art. 72.6 LOGP-) para progresar al tercer grado y/o obtener la libertad condicional y los límites máximos de cumplimiento en prisión, que, según la ley, sólo se exigen en casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales [aunque es importante tener en cuenta, dadas las abundantes reformas legislativas desde 1995 hasta la actualidad, diversas cuestiones transitorias para comprender el régimen jurídico aplicable a cada caso]. Algunas de estas especificidades se aplican también incluso a personas presas que han realizado una autocrítica de su actividad terrorista, que han pedido perdón a las víctimas, incluso en encuentros restaurativos personales, que están satisfaciendo la responsabilidad civil y que se han apartado de la disciplina de la banda terrorista [grupo de presos encuadrado en la denominada “vía Nanclares”].

Esta aplicación de un régimen especial penitenciario en atención al tipo de delito (de terrorismo) y no a las características personales de cada preso y, en ocasiones, sin atender ni tan siquiera a las diferencias de gravedad entre las diversas modalidades de delitos de terrorismo, constituye una política general, colectiva, que pugna directamente contra la necesidad de considerar la ejecución penitenciaria de forma individualizada.

El consenso emergente en materia de derecho internacional de los derechos humanos relativo a las condiciones de ejecución penitenciaria y, particularmente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto (por todos Caso Vinter y otros c. Reino Unido 2013), exigen que la aplicación del

principio de reinserción y sus consecuencias lo sean de forma individualizada en función de la situación de cada preso y en concreto de su pronóstico de peligrosidad criminal. En la misma línea la Ley Orgánica General Penitenciaria española (LOGP) de 1979 consagra el sistema de individualización científica (art. 72). La Constitución Española habilita la suspensión individualizada de algunos derechos fundamentales (art. 55.2) relativos a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, pero sólo en fase de investigación. Una política penitenciaria que otorga un régimen diferente y de mayor restricción de los derechos fundamentales respecto de un colectivo particular de presos no podría entonces anclarse en una interpretación analógica contra reo de la citada habilitación constitucional. Pero incluso en el caso de que se considerara una eventual cobertura de la política antiterrorista penitenciaria a la luz del art. 55.2 CE, la propia doctrina del Tribunal Constitucional (STC 25/1981) interpreta que la suspensión individual de derechos sólo puede ser conforme a la constitución cuando se pueda comprobar que la actividad terrorista genera una especie de "crisis de legitimación" que pone en peligro con su actividad el libre y pacífico ejercicio de los derechos fundamentales de amplios sectores de la población. No basta de ninguna manera aludir a fines utilitarios o de mera eficacia policial como título habilitante. Con una organización terrorista en situación de alto el fuego permanente desde hace más de tres años y con una declaración por parte de los internos de compromiso con el alto el fuego permanente y de acatamiento de la legislación penitenciaria, no parece que el riesgo de la actividad criminal sea tan actual como para dar por sentado que se cumplen los presupuestos habilitantes dictaminados por el alto tribunal.

Por tanto una política antiterrorista especial y excepcional *de facto* (dispersión y clasificación sistemática en primer grado) o *de iure* (legislación y su aplicación ad hoc a grupos de internos por el tipo de delito cometido) atenta contra el consenso emergente en materia de derechos humanos respecto del entendimiento de lo que debe significar el principio de reinserción en materia penitenciaria; es contraria además a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Constitución Española e incluso contradice palmariamente el propio modelo legal de individualización científica y la prohibición de discriminación aneja (art. 3) al mismo y recogida también por la propia Ley Orgánica General Penitenciaria.

2.2. FINES DE LA PENA Y SU MATERIALIZACIÓN EN LA FASE DE IMPOSICIÓN DE SENTENCIA Y DE EJECUCION.

Más allá del reconocimiento del principio de reinserción como uno de los fines de la pena, se ha ido decantando e incorporando al consenso emergente del derecho penitenciario europeo una separación de los fines que deben considerarse a la hora de imponer la pena en sentencia de aquéllos que deben regir, en sentido estricto, en la fase de ejecución penitenciaria de la pena en prisión. En la sentencia se acogen los fines retributivos, de prevención general y prevención especial pero en el momento de la entrada en prisión el único fin que legítimamente debe determinar el régimen de vida es el de la reinserción. Reinserción como derecho humano de todo preso y como obligación del Estado Social que en atención al interés de evitar futuros delitos, debe hacer los esfuerzos que estén en su mano

para facilitar la rehabilitación del interno. Reinserción como oferta no coercitiva para que si el proceso de reinserción es exitoso el preso pueda desarrollar en el futuro una vida responsable y libre de delito (Regla Penitenciaria Europea número 102.1 y art. 59.2 LOGP). En síntesis: los condenados son enviados a prisión como castigo no para ser castigados.

De esta nítida diferenciación de fines se derivan consecuencias particularmente respecto de cuáles pueden ser los argumentos y razones que legítimamente puedan determinar la evolución y progresión del grado de tratamiento en prisión. Razones que deberán atender, más allá de un periodo mínimo de cumplimiento en los casos en que éste se considere indispensable, al principio de reinserción con base en el pronóstico de peligrosidad criminal individualizado y no a razones de retribución o prevención general. Con otras palabras, la organización de la vida en prisión y sus actividades deben diseñarse de manera que facilite y haga efectivamente posible el proceso de reinserción sin que razones puramente retributivas o de prevención general puedan convertir en imposible ese derecho o lo bloqueen hasta el punto de reducirlo a una pura quimera. De conformidad con la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al menos en los casos de penas perpetuas o equivalentes, el principio de reinserción comporta no sólo el derecho concreto a una eventual, pero realista, posibilidad de liberación condicional anticipada, sino a que dicha posibilidad sea confirmada o rechazada con base en la correspondiente revisión judicial. En definitiva, la eventual semi-libertad o liberación condicional para que pueda llegar a materializarse, deberá conllevar la correspondiente disponibilidad legal de un procedimiento específico de revisión judicial, rodeado de las garantías del proceso debido, en que debería comprobarse el pronóstico individualizado de reinserción como base única para la progresión de grado. No bastaría, sin embargo, para satisfacer este estándar la mera posibilidad de perdón por parte del ejecutivo.

BLOQUE B. CONSECUENCIAS

2.3. ALEJAMIENTO

Una política colectiva, no individualizada, de alejamiento sistemático de las personas presas por delitos de terrorismo de ETA de su lugar de residencia y del de sus familias entraña una violación del principio de reinserción y resulta contraria a las Reglas mínimas europeas (17.1) e incluso del espíritu que se deriva del art. 12.1 LOGP. La eventual justificación de una tal política en razones de seguridad parece además que se ha debilitado sustancialmente después de la declaración de alto el fuego permanente.

En cualquier caso, habida cuenta de la falta de cobertura legal específica respecto de esta política de facto, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Khodorkovsky y Lebedev c. Rusia 2013) se revela como más apremiante habida cuenta de que debe exigirse un control más riguroso e individualizado, caso por caso, de la actuación administrativa en este campo que debe demostrarse libre de arbitrariedad. Control de arbitrariedad que debe descender también al porqué de alejamientos que se mantienen de forma permanente sin cambios, ni revisiones

de la situación, ni eventuales acortamientos parciales y progresivos de la distancia conforme avance el proceso de reinserción. La necesidad y proporcionalidad de la medida de alejamiento debería analizarse a la luz del equilibrio entre la proximidad al lugar de residencia con eventuales razones de seguridad. Un tal escrutinio debería contrastarse con hechos como la disminución objetiva de la peligrosidad exterior de estos internos en tanto miembros de una organización inactiva que asumen individualmente el alto el fuego permanente; o la disminución de su peligrosidad interior en la medida en que acaten la legislación penitenciaria. No resulta aceptable un razonamiento general de alejamiento que haga abstracción de cada situación particular o que se argumente de forma genérica con base en puras razones retributivas o de prevención general. De lo contrario la política de alejamiento se revelaría arbitraria y discriminatoria.

2.4. CLASIFICACIÓN EN PRIMER GRADO

Al igual que en el caso del alejamiento, una política colectiva –no individualizada– de clasificación de las personas presas de ETA en primer grado (régimen cerrado) resulta incompatible con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El principio de proporcionalidad de la medida –primer grado– restrictiva de derechos resulta defraudado y bloqueado en su efectividad cuando la medida es general, colectiva o estándar, porque no cabe escrutar la adecuación del punto de equilibrio en el caso concreto que pueda legitimar la restricción que supone dicho régimen penitenciario. Una vez más debería ser en cada caso el pronóstico individualizado de reinserción –no el tipo de delito– la clave para determinar el grado de clasificación.

En cualquier caso, además, debería haber un mecanismo de revisión efectivo y eficaz que permitiera la progresión en grado a la luz de la propia evolución del interno. Revisión del primer grado que no puede confundirse con clasificación en régimen abierto: los requisitos para acceder a este último no pueden ser los mismos para determinar la progresión del primer grado que dependerá de que la situación de seguridad o la personalidad violenta presente un riesgo menor o una evolución favorable. Por ello el rechazo a futuro de la violencia (compromiso de abandono de la lucha armada) o la aceptación de la legalidad penitenciaria son signos inequívocos que pueden hacer decaer la necesidad de su separación del resto de reclusos.

La aplicación inicial y continuada del primer grado de tratamiento por la “sumisión a la disciplina interna” de la organización terrorista (art. 102.5 RP) no puede aplicarse en los casos de delitos “de no pertenencia” (colaboración, apología, etc) ya que en tales casos las personas no son parte de la organización. Por otra parte, las organizaciones de apoyo a los presos de ETA no son delictivas ni bandas armadas y por tanto se impone una interpretación restrictiva y pro reo a la hora de no dar tampoco por acreditada en dichos casos la mencionada “sumisión a la disciplina interna”. Resulta inaceptable una interpretación expansiva contra reo del criterio de la “sumisión” como base para extender el primer grado a todo el espectro de la denominada izquierda abertzale. La sumisión, además, no puede ser un mero criterio formal que conlleve inmediatamente el primer grado, sino que

debe comprobarse que en el caso concreto determina una imposibilidad de aplicación del régimen ordinario por razones de seguridad.

En los casos extremos en que el régimen cerrado se prolongue en el tiempo, incluso años, y suponga un aislamiento de hasta 20 horas o superior, sin actividades comunes o sin posibilidad de acceso a programas que permitirían la progresión, la situación es susceptible de ser calificada de tratos inhumanos o degradantes de conformidad con el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. No sería inopinado exigir que una prolongación excesiva y abusiva del primer grado pudiera dar lugar a un cómputo de los días de estancia en prisión en términos de “a dos por uno”, acortando mediante beneficios penitenciarios compensatorios la duración de la pena, habida cuenta de la intensidad de la prisión en semejante régimen.

2.5. MÁXIMOS Y MÍNIMOS DE CUMPLIMIENTO: EL PERIODO DE SEGURIDAD

En el derecho comparado del Consejo de Europa una previsión de pena privativa de libertad determinada de hasta 30 (un solo delito) y, sobre todo, de 40 años (delitos en concurso) resulta absolutamente excepcional. Bien es cierto, no obstante, que el Reino de España no contempla la pena perpetua que sí está incorporada extensamente en los ordenamientos europeos. Ahora bien, un análisis detenido de la forma efectiva de cumplimiento de las penas españolas de larga duración lleva a la conclusión de que su régimen es tan duro sino más que los de cumplimiento de la pena perpetua. Y para sostener esta afirmación es fundamental el análisis no tanto del máximo formal de duración de la prisión (que en ningún caso debería superar los 30 años como referente máximo asimismo en derecho penal internacional –art. 77.1.a. Estatuto de Roma-) sino de su mínimo de cumplimiento y de las condiciones para acceder a regímenes de semi-libertad. Detengámonos por ahora sólo en lo primero.

En el caso de penas perpetuas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Vinter y otros c. Reino Unido 2013) ha situado el periodo mínimo de cumplimiento no más allá de los 25 años, aunque una pena de prisión superior a los 15 años hace muy difícil –si no imposible- la organización cabal y efectiva del proceso de reinserción en prisión.

Por ello un sistema de cumplimiento rígido que no permite la revisión del régimen de prisión y bloquea todo acceso a regímenes de semilibertad hasta el cumplimiento de un periodo “mínimo” y efectivo de 32 o 35 años (art. 76/78 CP), resulta en flagrante contradicción con el principio de reinserción. Supone una exacerbación de los fines retributivos y preventivo-generales que bloquean y anulan el proceso de reinserción hasta hacerlo desaparecer.

Más allá de los casos extremos señalados (art. 76/78 CP), el período mínimo y máximo de prisión deben marcar el terreno en el que se da el tránsito de dar por cumplidos los fines retributivos y de prevención general a la primacía –e incluso protagonismo único- del principio de reinserción. Si los mínimos de cumplimiento o periodo de seguridad se prolongan en exceso el proceso de reinserción se bloquea y convierte en imposible.

Por ello, la regulación penitenciaria debería permitir –en la misma línea seguida para el resto de presos- al menos una reversión de tales periodos de seguridad que en este momento son preceptivos –y no potestativos- precisamente sólo y particularmente para los internos relacionados con terrorismo (y criminalidad organizada). La esencia del sistema de individualización científica debería permitir que la revisión judicial pudiera en cada caso cancelar el periodo de seguridad si el pronóstico de reinserción es favorable. Ello requeriría una modificación legislativa del art. 36 CP y correlativos 76/78 CP (dentro de una suerte de justicia transicional acompañante del proceso de desaparición y disolución definitiva de ETA con la posibilidad de aplicación retroactiva favorable pro reo) o en su caso, alternativamente, una interpretación expansiva pro reo del principio de flexibilidad (art. 100.2 RP). En cualquier caso periodos mínimos de cumplimiento en casos de penas privativas de libertad de larga duración no deberían superar el umbral de los 15 años con criterios de revisión no dependientes de consideraciones retributivas ni preventivo-generales.

En síntesis: periodos de seguridad tan largos y rígidos –no reversibles- desincentivan los procesos de reinserción y requieren, antes que su desaparición, su atemperación y flexibilización para permitir que el sistema de individualización se despliegue sobre este tipo de personas presas de acuerdo al principio de reinserción y no discriminación.

2.6. ABANDONO, COLABORACIÓN Y SU ACREDITACIÓN: LA DESVINCULACIÓN

Más allá de los periodos de seguridad o tiempo mínimo de cumplimiento, se exige como requisitos adicionales los relativos al abandono y la colaboración respecto de los cuales la legislación identifica un listado abierto de posibles vías para su acreditación. Refirámonos en primer lugar a los informes técnicos de desvinculación.

Para poder establecer el estándar de desvinculación, conviene distinguir entre desvinculación en sentido estricto y desradicalización, refiriéndose la primera a la disociación de la organización a efectos de no comisión de acciones violentas (“comportamiento”) mientras que la segunda iría más allá y afectaría a un distanciamiento del grupo organizado que implica además un cambio de convicciones (“actitud”).

Requerir una desvinculación como disociación de actividades delictivas pro futuro es perfectamente razonable y entronca con la lógica del pronóstico individualizado de reinserción. Una interpretación, sin embargo, que forzara la desvinculación hasta el extremo de exigir un cambio de actitudes, resultaría intrusivo, coercitivo y vulnerador de los derechos fundamentales del interno (particularmente derecho a la libertad de conciencia e ideológica). El correlato del derecho penal democrático como derecho penal del hecho –y no de autor- debe ser un modelo penitenciario que se proyecte igualmente sobre una reintegración a la sociedad que asegure por parte del interno el respeto externo de la ley penal y no el de su foro interno. La desvinculación debe ser sobre hechos no sobre actitudes o convicciones. Una tal desvinculación se traduce en la reducción drástica o desaparición de peligrosidad criminal como base cierta y referencial para la progresión de grado.

Por ello la desvinculación en el sentido estricto ya descrito, debe contribuir a aquilatar la formulación legal con las siguientes cautelas: la desvinculación se debe exigir esencialmente respecto de las organizaciones terroristas en sentido jurídico-penal quedando fuera cualquier otra organización del espectro sociológico e ideológico de la denominada izquierda abertzale incluidos, por ejemplo, colectivos de presos u organizaciones de apoyo a los presos; la referencia legal a los “fines” no puede suponer tampoco desvinculación ideológica en términos de desradicalización sino que debe interpretarse como desvinculación respecto del recurso a los fines y medios terroristas de forma inescindible: esto es, desvinculación del recurso organizado a la violencia para la consecución de los fines políticos de subversión del orden constitucional o alteración de la paz pública.

La certificación de la desvinculación pasa, en síntesis, por la afirmación creíble de un pronóstico de no recurso en el futuro a la violencia. Desvincularse de la organización u organizaciones se materializa cuando se cortan los lazos con la voluntad organizada de recurrir a la violencia para la consecución de fines políticos sin ulteriores exigencias de retractación ideológica o prohibiciones de simpatía frontalmente opuestas a los derechos fundamentales.

Así entendida la desvinculación en sentido estricto, por otra parte, supone ya una forma de colaboración cuyo ulterior recorrido (colaboración concreta con las autoridades, “delación”, para revelar información relevante respecto de hechos, personas...) no puede ser exigido en sede penitenciaria como elemento de bloqueo de progresión de grado. Ahora bien, una tal colaboración extraordinaria debería permitir habilitar elementos premiales como ocurre también en caso de que se produzca antes de la imposición de la pena en sentencia (art. 579.4 CP).

2.7. ABANDONO, COLABORACIÓN Y SU ACREDITACIÓN (II): PERDÓN, REPUDIO DE LA VIOLENCIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

El abandono y la colaboración también disponen de otras vías de acreditación formalmente diferentes a la desvinculación: la declaración expresa de repudio de las actividades violentas y abandono de la violencia, por una parte, y la petición expresa de perdón a las víctimas del delito, por la otra.

Abandono de la violencia: repudio. El primero de ellos enlaza directamente con el pronóstico de peligrosidad criminal en la medida en que una tal declaración, si resulta creíble, transforma el pronóstico en uno de índole favorable a la reintegración social para conducirse en la futura vida en libertad sin el recurso al delito o la violencia. Resulta ser el fondo –renuncia a la violencia futura- y no la forma –mediante declaración expresa- la clave que debe ser constatada y a la que cabe llegar también mediante un proceso de desvinculación.

Perdón. La petición de perdón, sin embargo, tiene más que ver con el reconocimiento del daño ya causado como elemento que también puede contribuir a revelar una transformación del sujeto respecto de su conducta futura de la que se

podría concluir la desaparición del riesgo de reincidencia. No parece sin embargo aceptable una interpretación de la petición de perdón como la necesidad de que ésta sea un requisito *sine qua non* para la progresión de grado. Tampoco sería legítimo –por intrusivo y contrario a los derechos fundamentales del interno- una exigencia coercitiva de arrepentimiento o cambio de actitud y convicciones como equivalente a la rehabilitación. La petición de perdón espontánea puede tener un valor positivo indudable y no debe de ninguna manera desincentivarse. Todo lo contrario: el perdón podría servir de base no ya a la progresión de grado sino incluso al indulto particular según las circunstancias. Pero, por el contrario, un perdón como requisito de bloqueo de la progresión de grado sería inaceptable por su interferencia en el proceso de reinserción con base en consideraciones de índole retributivo o de carácter preventivo-general.

Responsabilidad civil. El reconocimiento del daño puede manifestarse mediante dicha petición expresa de perdón o también mediante el reconocimiento y asunción de las responsabilidades civiles. Estas últimas, de cualquier manera, son también un requisito general de la ley (art. 72.5 LOGP) para progresar al tercer grado. Al igual que en el supuesto del perdón, la asunción espontánea y la actitud favorable para satisfacer las responsabilidades civiles es un aspecto positivo para la víctima que debería conllevar no sólo progresión de grado sino también elementos premiales hasta el indulto particular según las circunstancias. Sin embargo, bloquear el acceso a regímenes de semi-libertad hasta que se produzca la satisfacción de la responsabilidad civil resulta tendencialmente opuesto al principio de reinserción y contradice igualmente la necesidad de que ésta –la reinserción- sea la finalidad prioritaria –y no otras de índole retributivo o preventivo-general- la única que debe ser considerada dentro de la fase de ejecución de la pena.

En el caso de las responsabilidades civiles debería producirse una modificación legislativa que flexibilizara su capacidad de bloqueo del principio de reinserción aunque la interpretación flexible de los tribunales ya, en cierto modo, ha facilitado reducir su potencial perturbador. A falta de reforma legislativa una vez más podría recurrirse, de forma alternativa, a una interpretación expansiva del modelo de ejecución flexible del artículo 100.2 RP.

2.8. LA SITUACIÓN EN FRANCIA

En Francia se encuentran encarceladas casi un centenar de personas relacionadas con ETA pero su situación, aunque presenta algunas similitudes respecto de la legislación y política penitenciaria española, entraña también diferencias substanciales.

Entre los aspectos comunes –y críticos- debe señalarse, en primer lugar, la política de alejamiento y dispersión que también practica el Estado francés. Y a ese respecto debe darse por reproducido aquí el punto correspondiente en que se trata su incompatibilidad con los estándares de una política penitenciaria conforme a los derechos humanos y, más aún, en las nuevas circunstancias de alto el fuego.

En segundo lugar, el estado de la interpretación respecto del primado de principio de reinserción en fase de ejecución tampoco resulta tan nítido y tiende en ocasiones a sufrir interferencias en términos de incorporación de esquemas interpretativos tributarios, como en el caso del Estado español, de consideraciones retributivas y preventivo-generales.

En tercer, y último lugar, la presencia de largos periodos de seguridad (de 18, 22 y hasta de 30 años en casos de pena perpetua e incluso periodos de seguridad permanente en ciertos casos¹) resulta en los supuestos más extremos tendencialmente incompatible con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Vinter* y otros c. Reino Unido 2013²).

La gran diferencia respecto de la normativa española, no obstante, debe situarse en la ausencia de un tratamiento particular y especial de política penitenciaria ad hoc para las personas presas por delitos de terrorismo en relación con ETA. Desde luego que existe una política antiterrorista especial y agravada en el campo sustantivo y procesal, así como jurisdicciones especializadas y centralizadas en París, también en lo que concierne a la aplicación de las penas (Art. 706-22-1 CPP y art. D. 49-75 CPP). Pero en este último caso, las particularidades procesales no afectan *per se* a las condiciones de fondo para acceder a medidas de individualización. Ello lleva a aplicar en el proceso de reinserción prácticamente los mismos requisitos que se aplican a los demás presos y que, en esencia, se cifran en un cierto paso del tiempo antes de poder progresar a regímenes de semi-libertad (normalmente en torno a la mitad del tiempo de la pena con las excepciones de algunos periodos de seguridad excepcionalmente largos ligados a algunas modalidades de pena perpetua); y un pronóstico de peligrosidad individualizado que se encuentra desde el punto de vista legislativo descargado de requisitos adicionales (abandono, colaboración, perdón, etc...) que pudieran bloquear dicho proceso. Los tales requisitos adicionales, en su caso, despliegan más bien efectos premiales antes que de bloqueo evitando en este sentido convertir el proceso de reinserción en uno coactivo y, por ende, intrusivo e incompatible con los derechos fundamentales del interno.

Por último, conviene hacer referencia a una cuestión que se deriva de la implicación transfronteriza de los delitos de terrorismo cometidos por miembros de ETA a un lado y al otro de la frontera. Cuando hay condenas o procesos judiciales en ambos países, hasta ahora la regla general era que cuando se producía la entrega a España las penas ya cumplidas en Francia no se tomaban en consideración a efectos de acumulación y limitación en supuestos de multidelinuencia aun cuando se diera la necesaria conexidad al respecto [en condenas de otros países, como Tailandia o Andorra, el TS sí había admitido la acumulación]. Con otras palabras, en vez de considerar las condenas ya impuestas

¹ En determinados casos el periodo de seguridad es la mitad de la pena o 2/3 (v. Art. 132-23 CP) aunque cuando se impone la pena perpetua en caso de Asesinato de un funcionario de policía o cometido por banda organizada, por ejemplo, aquel periodo puede ser permanente. Véase el Anexo 4 para más detalle.

² Aunque recientemente, de conformidad con el caso *Bodein contra Francia 2014* el tope de 25 años establecido en *Vinter* se computa a partir del momento de la condena por lo que dicho plazo, al no tener eventualmente en cuenta el tiempo discurrido en prisión provisional, podría llegar a ser más largo. Véase el Anexo 4 para más detalle.

y cumplidas en Francia de conformidad con la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, en España aquéllas se ignoraban ya que la citada Decisión Marco no había sido traspuesta. El Tribunal Supremo español (STS 186/2014, de 13 de marzo) parecía que iba a aclarar esa situación de forma definitiva con un pronunciamiento favorable a la acumulación, pero recientemente por LO 7/2014, de 12 de noviembre y Ley 23/2014, de 20 de noviembre, se limita drásticamente dicha posibilidad y en cualquier caso quedan excluidas de la misma las condenas dictadas en Francia con anterioridad al 15 de agosto de 2010 (art. 14 y Disposición adicional única LO 7/2014; art. 86 y Disposición transitoria primera Ley 23/2014). La consecuencia de todo ello es que los límites máximos de cumplimiento (20, 25, 30 o 40 años) de hecho se han visto, y se seguirán viendo, rebasados de facto porque su cumplimiento se anuda, sin descontarlos, a los años de prisión ya cumplidos previamente en Francia antes de la entrega a España.

2.9. LAS VÍCTIMAS

Las víctimas del terrorismo han visto reconocido un conjunto amplio de derechos de conformidad con la normativa europea (Directiva 2012/29/UE) y estatal (con un estatus particular y reforzado en el caso de España: Ley 29/2011 y complementado por normas autonómicas; normativa general del CPP –Código Procesal Penal- para todas las víctimas en el caso de Francia).

En fase de ejecución, sin embargo, sus derechos deben configurarse y equilibrarse de tal manera que no interfieran en el proceso de reinserción. No existe impedimento alguno, todo lo contrario, a proveer en tal fase la información necesaria a las víctimas del delito y adoptar las medidas oportunas para que una eventual liberación –anticipada o no- no entrañe ninguna puesta en peligro de las mismas. Pero más allá de los derechos de información y las cautelas de seguridad no cabe conceder a las víctimas la capacidad legal de bloquear el proceso de reinserción.

De forma complementaria a la idea señalada, debe añadirse que, no obstante, debe promocionarse en la fase penitenciaria cualquier comportamiento y/o actitud por parte de los autores del delito que potencialmente sea positivo y reparador para las víctimas. Programas generales de reparación material o simbólica, incluidas mediaciones o intervenciones en la línea de la justicia restaurativa, satisfacción de las responsabilidades civiles, incluso peticiones de perdón, asunción expresa de responsabilidad, arrepentimiento y autocrítica por el daño causado (siempre que se pueda garantizar el carácter no coactivo de los mismos) son todos comportamientos a promocionar y a valorar para la concesión de beneficios extraordinarios –incluido el indulto particular-. No, por el contrario, como elementos a exigir de manera forzada y condicionada a que, de no darse, pudiera bloquearse el progreso a regímenes de semi-libertad. La posibilidad, por tanto, de que la víctima pudiera personarse como parte en fase de ejecución con capacidad de impugnación de decisiones relativas a la progresión de grado debería contemplarse como una interferencia inaceptable en el derecho de reinserción.

BLOQUE C. A MODO DE SÍNTESIS: PROPUESTA FINAL

2.10. REFORMA, REINTERPRETACIÓN Y REFLEXIÓN FINAL

1. **De lege ferenda.** Una toma en consideración hasta sus últimas consecuencias del primado de los principios de reinserción individualizada y de no discriminación, debería llevar a modificar por vía de reforma legislativa, algunos aspectos de la legislación penitenciaria española que, fundamentalmente, fueron incorporados por Ley Orgánica 7/2003 del “cumplimiento íntegro y efectivo” de las penas. En concreto debería flexibilizarse la regulación sobre el periodo de seguridad para en ocasiones reducir su enorme duración y, en general, convertir su aplicación en una de índole potestativa –y no preceptiva- que permita así su reversibilidad a la luz de la evolución del pronóstico de peligrosidad criminal. En cualquier caso periodos de seguridad obligatorios superiores a 15 años resultan inaceptables como también penas máximas más allá de los 30 años de prisión.

En la misma línea, la regulación tanto de la responsabilidad civil como de los requisitos de abandono y colaboración junto a su formas tasadas de acreditación, deberían orientarse a un único denominador común: la constatación de que el interno abandona la violencia y el recurso al delito quedando en situación de reintegrarse a la sociedad para conducir una vida en libertad responsable y desvinculada de la organización terrorista y su programa de usar vías criminales para la consecución de objetivos políticos. Todo lo que vaya más allá de ese abandono de la violencia a futuro y de la disociación en sentido estricto: así, conductas de petición expresa de perdón, arrepentimiento, reconocimiento del daño, actitud favorable a la satisfacción de responsabilidades civiles, colaboración activa con las autoridades, etc...son todos aspectos a ser promocionados en el proceso de reinserción individualizado pero no de forma coactiva bajo la amenaza legal de bloqueo de la progresión en grado. Dicha coacción legal convierte a la reinserción en rehabilitación forzada, intrusiva y laminadora de los derechos fundamentales del interno.

En la misma línea, las políticas sistemáticas de alejamiento y de clasificación en primer grado deberían abandonarse y dar paso, en su caso, a su transformación en medidas individuales donde quepa su justificación con base en una peligrosidad interna y/o externa constatada. Su mantenimiento viola la doctrina de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Las reformas legales acompañarían el modelo penitenciario español y su interpretación al emergente consenso del derecho internacional de los derechos humanos dentro del espacio geográfico regional del Consejo de Europa. Dichas reformas, de la misma manera, podrían servir, más allá de las razones de principio (reinserción y no discriminación) expuestas, a modo de propuesta de justicia transicional pro activa en el proceso de desaparición y disolución definitiva de ETA que adaptara así el Derecho a la nueva situación tras el cese definitivo de la violencia declarado a finales de 2011.

2. **De lege lata.** De forma alternativa a una reforma legislativa, los mismos objetivos (asunción hasta sus últimas consecuencias del principio de reinserción y no discriminación) deberían poder alcanzarse mediante una interpretación pro reo que hiciera uso del modelo flexible de ejecución penitenciario más allá de la clasificación inicial (art. 100.2 RP). Esta sería la vía para atemperar los periodos de seguridad y mínimos excesivos y para asegurar que el conjunto de requisitos y modos de acreditarlos se reconducen no a un conjunto acumulado de obstáculos que bloquean efectivamente el proceso de reinserción sino a una vía de constatación y promoción del abandono efectivo e individual de la violencia con disociación en sentido estricto. De la misma forma, debería llevarse a cabo una desactivación *de facto* de la política de alejamiento o de clasificación en primer grado.

Esta interpretación debe ser compatible con una multiplicación de los espacios para que conductas pro-víctima y prosociales (perdón, arrepentimiento, reconocimiento del daño, satisfacción de la responsabilidad civil, justicia restaurativa, mediaciones...) en el ámbito penitenciario tengan a su vez la posibilidad de desplegarse. Tales conductas son positivas y para su materialización y promoción se deberían habilitar también beneficios penitenciarios que –al día de hoy- están prohibidos por ley para los internos por delitos terroristas (salvo el indulto particular). Un cierto periodo de tiempo en prisión y abandono con desvinculación es la base del proceso de reinserción de cara a su progresión en grado: más allá debe quedar expedito el campo para mecanismos premiales adicionales.

3. Reflexión final: tiempo para el derecho

La actitud de ETA como organización y la de sus miembros frente a la política penitenciaria ha sido durante demasiado tiempo la de una utilización de este campo como lucha política contra el Estado. Esta lógica ha marginado también, como efecto colateral, las posibilidades de hacer efectivos los derechos incluso por vía judicial y así poder objetar adecuadamente las decisiones adoptadas en sede penitenciaria. La pasividad jurídica efectiva de las personas presas por delitos de terrorismo de ETA ha evitado que se haya podido dar una oportunidad a que el Derecho y, en particular, el emergente derecho internacional de los derechos humanos a este respecto, pudiera desplegarse y contrastarse con la legislación penitenciaria y su aplicación. La aceptación de la legislación penitenciaria anunciada por representantes de una gran mayoría de dichos internos, debería abrir una nueva etapa. Es el tiempo del Derecho como mecanismo de resolución de conflictos, que debería contribuir a hacer desaparecer la tentación de usar la política penitenciaria para fines distintos de aquellos que se derivan del principio de reinserción como consenso indiscutible del derecho penitenciario europeo.

ANEXOS

Anexo 1 Informe Preliminar (J.M. Landa –coord-; J. Echano, X. Etxebarria, E. Garro)

Anexo 2 Comments on the Report on the current state of penitentiary law and its application to crimes of terrorism by ETA (F. Dünkel, T. Lappi-Seppälä, L. Lazarus)

Anexo 3 Comentarios sobre el Informe Preliminar (J.M. Gómez-Benitez)

Anexo 4 *Comentarios en relación con la situación penitenciaria de miembros de ETA. Perspectiva comparativa* (A. Gogorza)
