

Presos: exigencias éticas y jurídicas

Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad del País Vasco UPV/EHU

Ex Director de Derechos Humanos (Gobierno Vasco)

En el marco del:

FORUM DEUSTO. SEMINARIO:

JUSTICIA PARA LA CONVIVENCIA

Justicia retributiva y restaurativa:

su articulación en los delitos de terrorismo

Universidad de Deusto

Bilbao, 8 junio 2012

1. El nuevo tiempo en Euskal Herria tiene aires de **reconciliación**. El paso de la violencia política a la nueva fase se identifica, de manera algo difusa, con una etapa de transformación y reconstrucción. Pero, sin duda, como el animal que relame sus heridas, el cuerpo social y, en mayor medida, el político, todavía tiene reciente el impacto de la violencia, la visión de los zarpazos y de sus resultados concretos, y eso condiciona cómo imaginamos los escenarios futuros y sus contenidos posibles o deseables. También impone urgencias.

Por eso la reconciliación hoy parece que pasa por el trance de qué hacer con los presos y el dilema ético y jurídico respecto de cómo tratarles a la luz de las víctimas que han dejado en el camino.

El debate de la reconciliación, sin embargo, es mucho más que el de los presos aunque éste sea una parte importante y especialmente delicada. Y es mucho más porque la reconciliación trae causa en todas las violaciones de derechos humanos de motivación política, y no sólo la violencia de ETA. La reconciliación apunta a un proyecto de reconstrucción del tejido social y del orden jurídico-político que tiene que tener una carga de deslegitimación de todos los perpetradores: ETA, si; pero también grupos armados e incontrolados patrocinados por el Estado, tortura y abusos policiales. Qué exigir y su traducción en el tratamiento social, político y jurídico de las responsabilidades de los perpetradores, por una parte, y cómo reparar, hacer justicia y verdad a las víctimas, por la otra, deben tener en cuenta todo el angular para pilotar un proceso equilibrado que pueda encaminarse de forma adecuada y constructiva.

2. Con ese gran angular en el retrovisor aquí y ahora me voy a ocupar esencialmente de los **presos de ETA** a la luz de los paradigmas de Justicia retributiva v. Justicia restaurativa y de los requisitos que deben ser tomados en consideración respecto de los delitos de terrorismo . Y en particular con la vista puesta en aquellos que han cometido efectivamente **delitos graves**, con muertos y heridos a sus espaldas, y no tanto aquellos que están en prisión, que los hay, por una ilegítima extensión de la aplicación de la normativa antiterrorista¹. Expansión a delitos de pura apología o por comportamientos indebidamente calificados de colaboración o pertenencia a banda armada a pesar de que, en realidad, su contenido real era puramente ideológico. La parte significativa de presos de ETA cuya actividad delictiva está más próxima a puros **delitos de opinión o prohibiciones de simpatía** merece, con otras palabras, más un trato de injusticia a reparar por el encarcelamiento que una equiparación, sin matices, con aquellos que han cometido o colaborado sin ambages en asesinatos, lesiones, amenazas, extorsión, secuestros, depósito de armas, etc.

3. A aquellos que han cometido graves delitos, sea en nombre de unas ideas u otras, se les debe exigir una **responsabilidad**. Cuestión distinta es cómo debe **articularse**. Y particularmente cómo debe ser esa articulación en la **fase de ejecución penitenciaria**. Y en este sentido hay posiciones de máxima exigencia que piden una retractación global pública y creíble, no sólo de hechos sino incluso de la misma ideología. Y ello no ya para decidir la responsabilidad, sino para que su articulación en prisión permita acceder a instituciones normalizadas de semi-libertad como el tercer grado,

¹ No cabe aquí analizar la expansión de la normativa antiterrorista española que se produjo sobre todo a partir del año 2000. Para una visión del conjunto véase LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena "En torno a las últimas reformas penitenciarias. Con especial atención al tratamiento de conductas delictivas de terrorismo" en *Derechos, libertades y razón de Estado (1996-2005)*, Lete, Pamplona-Iruña, 2005, pp. 47-87.

libertad condicional, permisos de salida e incluso para neutralizar una práctica ilegal y contraria a los derechos humanos como es la dispersión y el alejamiento². **De forma maximalista** se pretende que los presos de ETA deberían arrepentirse, pedir perdón, colaborar con las autoridades para el esclarecimiento de sus actividades criminales u otras de las que tengan conocimiento, incluso que se desvinculen no ya de la organización terrorista sino incluso del “entorno” y de los “fines” de la banda como literalmente demanda el **art. 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria**.

Dicho artículo 72.6 LOGP y su contenido, no obstante, no responde a un estándar jurídico habitual. Fue introducido por la LO 7/2003, de 30 de junio, para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas en un contexto de rearme jurídico en la lucha antiterrorista bajo la presidencia de Aznar. Estaba recién aprobada la Ley Orgánica de Partidos Políticos (LO 6/2002) y se trasladaba parte de su filosofía como un bloqueo efectivo de regímenes más atenuados de cumplimiento en la cárcel en semilibertad. El objetivo confeso era endurecer las penas y su forma de cumplimiento³.

La cuestión es: ¿y ese estándar de excepción es un instrumento adecuado para el nuevo tiempo? En mi humilde opinión no. Y no por dar un “trato de favor” a nadie sino simple y llanamente porque el tratamiento de los presos debe transitar a patrones de normalidad respecto de otros delitos en aras de vaciar al terrorismo de regímenes especiales. Normalidad que situará en su justa medida el trato de los presos de ETA que de haber sido calificados de

² Esta parece ser la oferta tácita que implica el “Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en la marco de la ley” del Ministerio del Interior de Abril 2012.

³ Para un análisis en profundidad de esa reforma véase al respecto LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, "Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿Hacia dónde?", CANCIO MELIA, M./GOMEZ-JARA DIEZ, C. (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 165-202.

héroes en un extremo y de luchadores por la libertad pretendiendo que el asesinato, la extorsión o el secuestro a sangre fría no tenían carga delictiva, se ha pasado al otro extremo. Hay quien afirma que no son más que “pura mafia” sin contexto ni trasfondo político alguno pero, se les aplica, paradójicamente, medidas de excepción de todo tipo (definición de los tipos penales, medidas procesales excepcionales, de organización judicial centralizada, penitenciarias y de aplicación jurisprudencial “creativa” como la doctrina Parot, el “todo es ETA”, etc). Queriendo quitarles la aureola de héroes y luchadores políticos se ha pasado a tildarles de lo contrario pero usándose el viaje para arremeter contra ellos y sus crímenes y, de paso, contra sus ideas y el cuerpo social que les circunda. Estos criminales “ordinarios” están siendo tratados en la práctica penitenciaria como sujetos que albergan una peligrosidad delictiva por el hecho de poseer unas ideas (“peligrosidad ideológica”). Se ha repetido tantas veces que quienes apoyan ideológicamente a ETA/Batasuna, quienes no la condenan, son ETA, que se ha llegado a creerlo a pies juntillas. Se les pide una retractación ideológica (“desvinculación del entorno”), a mi juicio, inaceptable desde el punto de vista del contenido mínimo y esencial de los derechos fundamentales en un Estado social y democrático de Derecho. También los presos tienen derecho a la libertad de opinión, ideológica y de pensamiento.

4. Pero cuidado. En efecto hay un **programa mínimo** que es exigible. Debe reconocerse el daño causado y renunciarse al uso futuro de la violencia. Debe haber un compromiso irrenunciable a conducir una vida en libertad que no suponga el recurso a la violencia. Y ese mínimo debe marcar los pronósticos favorables de reinserción. Este mínimo jurídico no es un máximo ético. Es un camino intermedio que permite articular el modelo de individualización científica que rige la Ley Penitenciaria y que debería abrir las puertas, sin distinciones ni discriminaciones, a toda medida

“normal” de semilibertad: tercer grado, libertad condicional o permisos de salida.

Los presos de “motivación política” no merecen trato de favor. Pero tampoco un trato peor que los presos comunes.

5. Cuestión diferente es la de aplicar **medidas extraordinarias (premiales)** como adelantamientos extraordinarios de la libertad condicional o incluso indultos parciales o totales. Las medidas extraordinarias deberían ligarse a exigencias y comportamientos por encima del estándar.

Y es que no es lo mismo los requisitos que se deben exigir para que un preso sea tratado con normalidad y acceder a los beneficios que todos tienen disponibles, que los requisitos para darles un premio extraordinario. Creo que se están mezclando los dos planos: beneficios ordinarios y premios extraordinarios. De la misma manera que se mezclan los debates éticos de máximos –deseables- y jurídicos –de mínimos-. El primero busca la perfección, el segundo lo posible. Y lo posible debería gobernarse por el sentido común de que todo ello se haga respetando la dignidad de las víctimas pero empujando también procesos de cierre de etapas pasadas que no deberían dejarse pudrir.

Como tantas veces ocurre en el Derecho, la realidad social se puede interpretar de diferente manera según la voluntad de quien la aplica: el cese definitivo de la actividad terrorista por parte de ETA bien podría interpretarse, incluso con la legislación de excepción actual, como el dato clave que determina que los miembros de ETA ya no albergan peligro de comisión de delitos. Por tanto, con ese dato y si hubiera disposición a

ventilar las responsabilidades civiles (forma tácita de reconocimiento del daño) se debería abrir la puerta a cumplir la pena en tercer grado y en su caso a la libertad condicional.

En definitiva el debate sobre los presos requiere diferenciar clases de presos de ETA en función de la gravedad de sus conductas delictivas. Pero además debe diferenciarse el acceso a los mecanismos normales de “beneficios” de los “premios extraordinarios”. El debate no puede hacerse en un solo bloque. Los beneficios ordinarios no admiten legítimamente discriminaciones que los bloqueen y que, en realidad, se tornen en un castigo por razones ideológicas. Pero su concesión debe ser adecuadamente explicada para evitar que las víctimas sientan la misma como un injustificado trato de favor. La comunicación pública desde el gobierno, la responsabilidad de los presos evitando escarnios y gestos humillantes y sustituyendo esos tics por una sincera –y humana- asunción del daño causado, debería ir desbrozando el camino. Los beneficios extraordinarios (indultos, adelantamientos extraordinarios de la libertad condicional), sin embargo, deberían ligarse a los comportamientos más ejemplares. La petición sincera de perdón de manera expresa, los procesos de acercamiento a las víctimas son realidades excepcionales que tienen un componente reparador inmenso. Pero su correlato debe ser el premio cuando se den y no el castigo por su ausencia. A quien dé el do de pecho –y ojala todos lo pudieran dar- se le puede recompensar más allá de lo normal pero no convertirlo en presupuesto para negar lo esencial y ordinario. Porque entonces la política –el arte de lo posible- se queda sin márgenes, esclerotizada, sin flexibilidad. La fusión ideológica de los máximos éticos y

mínimos jurídicos es un error cuya superación puede abrir caminos de progreso para las víctimas, para la sociedad y para los presos⁴.

6. A modo de síntesis final. Las exigencias de la **justicia retributiva** en combinación con el fin de **reinserción** a que se debe orientar la política penitenciaria tiene un suelo mínimo que se apoya en dos pilares o presupuestos fundamentales en los casos de grave criminalidad: reconocimiento del daño y compromiso de no comisión delictiva en el futuro. Esos son los corolarios del mandato constitucional de reinserción que se reflejan, también, en los art. 59 y 61 de la LOGP cuando afirman categóricamente que será objetivo del tratamiento: “hacer del interno una persona con la intención y la **capacidad de vivir respetando la ley penal**” (art. 59) y lograr “**en el futuro ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos**” (art. 61).

Ir mas allá con exigencia de retractación ideológica –no de hechos-, desvinculación de fines –no de organizaciones- y del “entorno”, exigencia de disidencia social (como se desprende del “Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en la marco de la ley”,

⁴ Progreso que además tampoco debería perder de vista que precisamente en el caso en el que las violaciones de derechos humanos han venido protagonizadas por agentes del Estado (policías) o parapoliciales con la connivencia de aquél, no sólo no han recibido el mismo celo de investigación o administración de justicia (véase al respecto LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Indarkeria politikoaren ondorioz izandako giza eskubideen urraketen biktimak. Víctimas de vulneraciones de derechos humanos derivadas de la violencia de motivación política. Victims of human Rights violations derived from politically motivated violence*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2009, 812 págs; y, en particular respecto de la situación de la tortura LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA, “La tortura en relación con la banda terrorista ETA: estado de la jurisprudencia penal. A la vez un comentario a la STS 2 noviembre 2011 (*caso Portu y Sarasola*)” en *JUECES PARA LA DEMOCRACIA* 73 (2012), *passim*; también MORENTIN, Benito/LANDA, Jon-Mirena, “La tortura en relación a la aplicación de la normativa antiterrorista: una aproximación estadística multifactorial” en *EGUZKILORE* 25 (2011), *passim*) sino que, los poquísimos condenados, lo fueron a penas más livianas y gozaron rápidamente de medidas extraordinarias de indulto o regímenes de cumplimiento muy favorables. Ese no es el modelo. Como no lo es la amnistía en materia de memoria histórica. Y no se debe “compensar” esa injusticia con otra injusticia ahora. Pero debería poner un marco de aproximación más matizado que además luego proceda a una revisión de esta otra realidad que ha pasado oculta y ocultada al menos para una gran parte de la opinión pública española. La reconstrucción social requiere un asentamiento de bases de rechazo jurídico-moral y de exigencia de responsabilidad universalizables sobre la base de la conculcación de derechos humanos y su gravedad y no sobre la base de quién es el perpetrador.

Ministerio del Interior Abril 2012) pertenecen a un programa de “resocialización y reeducación” gravemente intrusivos en la personalidad del interno y lesiva de sus derechos fundamentales. Todo requisito que presuponga y se dirija contra una suerte de peligrosidad ideológica –que no puramente criminal- es atentatorio contra los derechos fundamentales de un Estado social y democrático de derecho.

Más allá de ese mínimo, experiencias y dinámicas de perdón y/o arrepentimiento, sobre la base de su voluntariedad, deben quedar al margen de los efectos coactivos del Derecho que, en el mejor de los casos, puede acabar adulterando su potencial reparador y sanador y, en el peor de los casos, usándolos con fines espurios . Su correlato, dentro de una justicia restauradora y reconstructiva, pueden ser figuras premiales y de beneficios extraordinarios ad casum, no automáticos, preservados de su exposición pública y no dirigidos ni aprovechados ni intencionalmente funcionalizados para fines políticos de confrontación puramente ideológica.

Este programa de mínimos para la reinserción y de máximos para un tratamiento premial extraordinario bien podría representar una síntesis que combina lo retributivo, la prevención general y especial y la mirada a las víctimas desde un prisma de reconstrucción personal y del tejido social y debería ser universalizable para los presos de ETA por delitos graves pero también para el establecimiento de responsabilidades en los casos de graves violaciones de derechos humanos, especialmente la tortura, cometidos por agentes del Estado o por grupos parapoliciales o incontrolados que contaron con su patrocinio y/o connivencia. Respecto de estos últimos, sin embargo, el drama es que está casi todo por abordar. Empezando, antes que nada, por establecer una verdad oculta y ocultada por el propio Estado y que, todavía al día de hoy, se sigue negando a reconocer.