

# GUERGA AK



## SOBRE EL DERECHO PENAL ANTE EL FINAL DE ETA

JUAN IGNACIO  
ECHANO  
BASALDUA

PROFESOR DE DERECHO PENAL  
UNIVERSIDAD DE DEUSTO

**H**ace ya casi dos años que ETA anunció la suspensión definitiva de su actividad terrorista. Esta situación abre nuevas vías a la convivencia, a pesar de que falta aún el fin que todos esperamos: la entrega de las armas y la disolución, y a pesar de que tras más de cincuenta años de terrorismo deja una desoladora herencia, que incluye miles de víctimas –solo los asesinados son más de 800-, cientos de presos y exiliados y una importante fractura social.

Durante estos meses, demasiados, se han producido distintas manifestaciones de representantes políticos, dirigentes de asociaciones de víctimas y de grupos sociales promotores de la paz, comentaristas de los medios de comunicación, etc., en torno al papel del Derecho penal o, si se quiere, a cómo debiera orientarse la política penal y penitenciaria en estas nuevas circunstancias. Este ha sido también el objeto de dos seminarios celebrados en Sabino Arana Fundazioa, en los que tienen origen estas reflexiones.

Al plantearse este tema conviene partir de la política criminal a la que responde la legislación antiterrorista, que desde la aprobación del Código Penal de 1995 ha seguido una línea de endurecimiento creciente (Leyes Orgánicas 2/1998, 7/2000, 7/2003, 15/2005 y 5/2010). El terrorismo es objeto de preocupación en todos los países que lo sufren y, notablemente, en España, cuya opinión pública lo consideraba como uno de los principales problemas. De ahí que se soliciten normas más eficaces -en el sentido de que

El terrorismo es objeto de preocupación en todos los países que lo sufren y, notablemente, en España, cuya opinión pública lo consideraba como uno de los principales problemas. De ahí que se soliciten normas más eficaces -en el sentido de que se acabe con el «exceso de garantías» frente a tan grave delincuencia- y se termine aprobando una legislación de excepción

se acabe con el «exceso de garantías» frente a tan grave delincuencia- y se termine aprobando una legislación de excepción, en cuanto orientada por principios, al menos en parte, diferentes a los de otras parcelas del Derecho penal y menos respetuosa de los principios que limitan el poder sancionador del estado (legalidad, mínima intervención, culpabilidad, proporcionalidad,...), de las garantías del proceso y de los derechos fundamentales.

A esta deriva del Derecho penal antiterrorista han contribuido distintas corrientes político criminales de corte neoconservador que relegan los programas de prevención de la delincuencia y de resocialización de los condenados propios del estado social, centran su atención en las demandas de seguridad de la sociedad -frecuentemente inducidas por los medios de comunicación y los discursos políticos- y defienden que en determinados casos (delincuencia habitual, sexual, terrorista, organizada,...) las penas deben orientarse también a neutralizar la peligrosidad, de forma que tienden a sustituir la perspectiva del Derecho penal de hecho que sanciona por el hecho delictivo cometido, por otra distinta que sanciona a los sujetos que considera como fuente de peligro de futuros hechos delictivos (Derecho penal de autor). Estos planteamientos reaparecen de distintas formas a lo largo de la historia y hoy se pretenden legitimar bajo la denominación de “Derecho penal del enemigo” (JAKOBS). A quienes hacen patente su oposición frontal al orden jurídico -se afirma-, se les priva de su condición de ciudadanos, pasan a ser consi-



derados “enemigos” y no se les aplica el Derecho penal de los ciudadanos sino un conjunto de normas que el propio JAKOBS caracteriza como “un no-derecho, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos excluidos”. Conforme a JAKOBS este “no-derecho” responde a tres características: a) adelantamiento de las barreras de punición, es decir, se sancionan actos previos al de la producción de daño, de forma que se cambia la perspectiva retrospectiva referida al hecho cometido por la perspectiva prospectiva referida al hecho futuro; b) incremento desproporcionado de las penas respecto del Derecho penal de los ciudadanos; c) disminución o supresión de determinadas garantías procesales. Los autores añaden acertadamente una cuarta característica: “la función de identificación (mediante la exclusión) de una categoría de sujetos como enemigos, y la correspondiente orientación al Derecho penal de autor” (CANCIO MELIÁ).

Un somero análisis de la legislación antiterrorista revela que en no pocos aspectos responde al Derecho penal del enemigo. El adelantamiento de la intervención penal a actos peligrosos previos a la efectiva producción de un daño – muerte, lesiones,... (art. 572. 2)- se evidencia en los delitos de colaboración (arts. 576 y 576 bis) -en los que esta se presta a las actividades o finalidades de la organización, no a la realización de homicidios, lesiones,...-, en la punición de la provocación, la conspiración y la proposición de los delitos de terrorismo (art. 579.1, I), de la difusión de mensajes dirigidos por cualquier medio a provocar la comisión de delitos de terrorismo (art. 579.1, II) o del enaltecimiento y la justificación del terrorismo (art. 578), siendo de notar que por esta vía se llegan a sancionar actos preparatorios ordinariamente impunes (los de los arts. 579. 1, I y II o 578) de conductas que son a su vez actos preparatorios, es decir, que no producen directamente un daño (delitos de colaboración de los arts. 576 y 577 bis).

También es patente un incremento desproporcionado de las penas. Estas son más graves que las previstas para los delitos de homicidio, lesiones, etc., porque estos cuando se tipifican como terrorismo son más graves. Pero a esta agravación se añaden otras, que se fundamentan más bien en la clase de delincuente, en la peligrosidad real o supuesta del sujeto, y tienden a su inocuización. Así el dispar criterio que se tiene en cuenta para establecer el límite máximo de cumplimiento en los 40 años (art. 76); distintas normas relativas a la ejecución de la pena de prisión que hacen más gravoso su cumplimiento (arts. 36.2, 78, 90 y 72.6 de la LO General Penitenciaria); la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años a la de la pena privativa de libertad (art. 579.2); y la medida de libertad vigilada que se impone tras el cumplimiento de la pena de prisión, que puede llegar hasta los diez años (art. 579.3).

Asimismo se reducen las garantías procesales. Dejando de lado la problemática y debatida competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción y de lo Penal, de la Audiencia Nacional y del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, el art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite mediante autorización judicial la detención de quien lo haya sido por delito de terrorismo cuarenta y ocho horas más allá del

límite habitual (setenta y dos horas) y además en régimen de incomunicación, en cuyo caso, no se le permitirá ponerlo en conocimiento de la persona que desee su detención, ni elegir un abogado de su confianza (le será designado de oficio) y no podrá entrevistarse con él de forma reservada (art. 527 LECr); incomunicación que con carácter general no podrá extenderse más allá de cinco días, pero que en terrorismo –y de delincuencia organizada- podrá prorrogarse por otros cinco (art. 509.2 LECr).

Es patente un incremento desproporcionado de las penas. Estas son más graves que las previstas para los delitos de homicidio, lesiones, etc., porque estos cuando se tipifican como terrorismo son más graves

Un somero análisis de la legislación antiterrorista revela que en no pocos aspectos responde al Derecho penal del enemigo

Por último, la tendencia hacia el Derecho penal de autor. Los medios de comunicación y los propios líderes políticos han ido identificando a los terroristas como delincuentes por convicción, irrecuperables y especialmente dañinos para los particulares (vida, libertad,...) y para el estado y la sociedad (estabilidad política, paz pública), que no merecen tener una segunda oportunidad. Por este camino se ha producido su demonización, su exclusión del círculo de ciudadanos y las normas penales, cada vez más orientadas por semejante populismo punitivo, se dirigen a neutralizar el peligro que representan los terroristas y a producir la galvanización de los ciudadanos en torno a ellas y una identificación del terrorista como enemigo que queda excluido. Ahora bien, las organizaciones terroristas pretenden lograr por medio de la intimidación o conmoción social que se deriva de la comisión reiterada de delitos graves, determinadas finalidades políticas y no puede olvidarse que esos fines políticos -el caso de ETA es paradigmático- son compartidos por distintos grupos sociales, de forma que en su entorno se percibe un apoyo social que se manifiesta en asociaciones de carácter político, cultural, de apoyo humanitario a familiares de presos y exiliados,... La conexión existente entre estos grupos e, incluso, la connivencia en el apoyo ideológico, no permite afirmar la existencia de colaboración con el terrorismo en sentido estricto, aun cuando también pretenden el cambio de modelo constitucional y en este sentido colaboran, al menos, con las finalidades de una orga-

Los medios de comunicación y los propios líderes políticos han ido identificando a los terroristas como delincuentes por convicción, irrecuperables y especialmente dañinos para los particulares (vida, libertad,...) y para el estado y la sociedad (estabilidad política, paz pública), que no merecen tener una segunda oportunidad

Ahora bien, las organizaciones terroristas pretenden lograr por medio de la intimidación o conmoción social que se deriva de la comisión reiterada de delitos graves, determinadas finalidades políticas y no puede olvidarse que esos fines políticos -el caso de ETA es paradigmático- son compartidos por distintos grupos sociales, de forma que en su entorno se percibe un apoyo social

nización terrorista como indica el art. 576.1. Tampoco el enaltecimiento o la justificación de delitos terroristas o de quienes los cometieron, colabora con el terrorismo en sentido estricto. Pero el acento excesivo que pone en la definición de terrorismo el Código en los poco precisos fines de alterar la paz pública y subvertir el orden constitucional, permite dentro de una lógica de lucha total apuntar a los fines políticos y por este camino sancionar también no sólo a los enemigos sino también a los amigos de los enemigos y alcanzar como colaborador a quien expresa sus ideas o las manifiesta.

Este somero repaso revela que la regulación de esta materia es poco respetuosa con los principios limitadores del Derecho penal, que se derivan de la Constitución y que en algunos casos colide de forma grave con los derechos fundamentales de expresión y manifestación. Responde a una política criminal securitaria que toma en consideración en mayor medida la peligrosidad -real o presunta- del autor que su responsabilidad por el hecho. En último término, asume el mito de que el terrorismo puede destruir el sistema político-social y que es preferible asumir la pérdida de espacios de libertad antes que sucumbir, y pierde de vista que la renuncia a respetar escrupulosamente los principios del estado de derecho constituye el verdadero peligro de destrucción del sistema político-social. No se trata de responder al "enemigo" con todo el poder del estado, sino de hacer responsable de sus actos al ciudadano infractor de acuerdo con los límites del estado de derecho.

Actualmente la renuncia de ETA a la actividad terrorista -camino sin retorno, de cuyo final tan solo desconocemos el momento y la forma- y la consiguiente situación que se abre, debe permitir enfrentarnos al terrorismo con serenidad. Ha dejado de ser una de las preocupaciones primordiales de la sociedad española. La amenaza terrorista no ha desaparecido, baste recordar el 11-M, pero ya no angustia en la misma forma, no produce la inseguridad que veníamos sufriendo. Debemos tener lucidez y racionalidad para replantear la política criminal seguida hasta ahora, no sólo por razón de principios: que responda plenamente a las exigencias del Estado de Derecho, sino también por razones de conveniencia. No se trata ya de vencer a un enemigo que ha sido vencido, de excluirle junto con sus próximos neutralizando una peligrosidad de la que carecen. Se trata de promover una vida social en la que la ausencia de violencia terrorista dé paso a una convivencia pacífica, es decir, una convivencia en la que se reconozca a los otros como personas, como sujetos de derecho, en la que puedan ejercerse estos sin coacción y con la garantía del ordenamiento jurídico y en la que los conflictos –que serán muchos- se resuelvan por las vías propias de una sociedad democrática. Ciertamente poco puede ayudar en esta tarea la política criminal que orienta la legislación antiterrorista vigente.

Una reforma legislativa profunda se presenta, por tanto, como la medida más acertada. Conclusión que mayoritariamente se aceptaba en el segundo Seminario sobre esta materia celebrado en junio pasado y que ya años atrás propuso el Grupo de Estudios de Política Criminal. La propuesta de este Grupo de expertos podría ser un buen punto

Debemos tener lucidez y racionalidad para replantear la política criminal seguida hasta ahora, no sólo por razón de principios: que responda plenamente a las exigencias del Estado de Derecho, sino también por razones de conveniencia

Sin embargo, a la vista de las corrientes políticas y, por tanto, político criminales, que parecen mayoritarias en España y en el ámbito europeo e internacional no resulta plausible que se emprenda una reforma de las características apuntadas

de partida para la discusión en la sociedad y en el Parlamento previa a la elaboración de la ley. En cualquier caso habría de subrayarse la vigencia del principio de legalidad, de forma que la ley describa con precisión las conductas delictivas; de mínima intervención, de modo que no se sancionen más que las conductas realmente dañosas y no se limiten las garantías más que en caso de patente necesidad; de culpabilidad o responsabilidad por el hecho, alejándose del Derecho penal de autor; de proporcionalidad de las penas, que deben ajustarse a la gravedad del hecho y a la responsabilidad del autor; y de non bis in idem, evitando tomar en consideración varias veces el mismo fundamento para la imposición y agravación de las penas o de su ejecución. Asimismo debería estar orientada, junto con otras formas de intervención en la sociedad, a la prevención de futuros delitos y a la resocialización de los condenados.

Sin embargo, a la vista de las corrientes políticas y, por tanto, político criminales, que parecen mayoritarias en España y en el ámbito europeo e internacional no resulta plausible que se emprenda una reforma de las características apuntadas. Por tanto, únicamente queda reclamar y propugnar una interpretación de las normas vigentes más ajustada a los principios limitadores del ius puniendi del estado y a los derechos fundamentales.

En el Derecho penal material la imprecisión de los términos de buen número de preceptos hace imprescindible una interpretación más acorde a las pautas propuestas, p. ej., limitando el alcance de los elementos subjetivos del injusto de forma que se fije con mayor precisión el concepto de terrorismo, limitando el alcance de la colaboración

a conductas realmente peligrosas, interpretando de la forma más restrictiva el enaltecimiento y justificación del terrorismo, etc. Asimismo debería evitarse que la distinta interpretación de determinados preceptos más dura cuando se trata de delitos terroristas que de otros (p. ej., en el concurso del art. 77).

En el campo procesal habría de solicitarse una rigurosa exigencia de los requisitos para aplicar las medidas excepcionales en la detención e incomunicación de los detenidos, tomando las medidas pertinentes para evitar el peligro de tortura que se deriva de esta. Asimismo habrían de afinarse los criterios de admisión de la “pericial de inteligencia” como prueba y evitarse las diferencias en la aplicación de determinados preceptos en perjuicio de los condenados por terrorismo (p. ej., en la acumulación de condenas).

El ámbito de la ejecución de las penas es de especial sensibilidad porque afecta directamente al cumplimiento y es donde más campo de juego tiene el arbitrio del Gobierno. Dos cuestiones iniciales: a) ETA ha renunciado a la actividad terrorista y ello se debe a la decisión de sus miembros. Todavía no se ha disuelto ni entregado las armas, pero el camino emprendido no tiene retorno. Está a punto de desaparecer, elemento de la máxima importancia a la hora de hacer el pronóstico de vida futura de los condenados por terrorismo etarra. Ha decaído de forma muy relevante la posibilidad de que en el futuro su vida no se ajuste a la legalidad. Esto no significa que tengan el tercer grado o la libertad condicional al alcance de la mano, pero unido a otros elementos permitirá afirmar que el pronóstico de rein-

En el campo procesal habría de solicitarse una rigurosa exigencia de los requisitos para aplicar las medidas excepcionales en la detención e incomunicación de los detenidos, tomando las medidas pertinentes para evitar el peligro de tortura que se deriva de esta

Es un derecho de las víctimas que los órganos jurisdiccionales determinen hechos delictivos tan graves y quiénes son sus responsables, así como que se les exija tal responsabilidad. Sí son posibles, en cambio, otro tipo de medidas de carácter general favorables -y sería bueno que llegaran cuanto antes- como el fin de la política de dispersión u otras que se han venido aplicando a los etarras condenados

serción es favorable. b) En el ordenamiento jurídico no tienen cabida las medidas de carácter general que reclaman algunos. El indulto general está proscrito constitucionalmente (art. 62) y la amnistía no es plausible por muy distintas razones. ¿Es compatible con los principios del ordenamiento jurídico una ley que establezca que no deben tomarse en consideración los delitos etarras, ponga en libertad a estos presos y no exija responsabilidad alguna a quienes no han sido juzgados? Creo que la respuesta es negativa. Es un derecho de las víctimas que los órganos jurisdiccionales determinen hechos delictivos tan graves y quiénes son sus responsables, así como que se les exija tal responsabilidad. Sí son posibles, en cambio, otro tipo de medidas de carácter general favorables -y sería bueno que llegaran cuanto antes- como el fin de la política de dispersión u otras que se han venido aplicando a los etarras condenados.

Tras la LO 7/2003 para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, el régimen de cumplimiento para los condenados por hechos cometidos antes o después a su entrada en vigor es distinto. La nueva situación va a poner sobre la mesa la posibilidad y, en algunos casos, la conveniencia, de que los condenados por hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 7/2003 puedan acceder al tercer grado o a la libertad condicional a la vista del pronóstico

favorable de reinserción. Su mantenimiento en segundo grado o en prisión obligaría a justificar esa situación de forma pormenorizada, porque no cabe mantener el grado o la prisión más allá de lo legalmente establecido y el sistema de individualización científica (art. 72 LOGP) conforme al cual



cumplen la pena apunta en este sentido salvo concurrencia de otras circunstancias personales.

Sobre algunos de estos condenados produce efectos la doctrina PAROT, cuya importancia es doble a causa del número de personas a que afecta y del simbolismo que entraña. Mucho podría decirse al respecto, pero como el Tribunal de Estrasburgo va a resolver las cuestiones que plantea, baste decir que el respeto cabal del estado de derecho está del lado de los votos particulares del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de la primera resolución del Tribunal de Estrasburgo.

Entre los condenados por hechos cometidos bajo la vigencia de la LO 7/2003 es necesario diferenciar si la pena supera o no los cinco años. A estos les resultará más difícil alcanzar el tercer grado, ya que el art. 32. 2 exige haber cumplido la mitad de la pena y una serie de requisitos adicionales (art. 76 5 y 6 LOGP), que en la nueva situación entiendo que no será difícil de acreditar. La verdadera dificultad la encontrarán los conde-

En la doctrina Parot el respeto cabal del estado de derecho está del lado de los votos particulares del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de la primera resolución del Tribunal de Estrasburgo

nados a 40 años por aplicación del art. 76, ya que su acceso al tercer grado no se podrá producir hasta haber cumplido las 4/5 partes de la pena y a la libertad las 7/8 (art. 78.3). Se plantea aquí la cuestión de los fines de la pena. Ciertamente desde la prevención general no se justifican por innecesarias penas tan exacerbadas y tampoco desde la perspectiva de inocuización, porque se trata de un peligro que ya no existe. Queda, pues, la retribución, pero adquiere un sesgo tan marcadamente vindicativo que las aleja de las tareas que corresponden al estado.

De todos modos y, especialmente, en estos casos será preciso indagar las posibilidades que otorga el art. 100.2 del Reglamento Penitenciario, que permite establecer regímenes específicos de cumplimiento que combinen características de los distintos grados.

Sin duda, en esta materia de ejecución van a ser determinantes los criterios que adopte Instituciones Penitenciarias dentro del amplio arbitrio que le otorga la ley. Cuáles son los que parecen más adecuados han quedado expuestos.

