

# GARANTISMO VERSUS IMPUNIDAD EN EL CONTEXTO DEL FINAL DE ETA<sup>1</sup>



# W R U G B A K A N G

**E**l enfoque victimocéntrico de varias de las cuestiones relacionadas con los delitos de terrorismo y, específicamente, en relación a las concretas demandas de respuesta jurídico-penales, derivadas de algunos colectivos de víctimas, lejos de responder a una dinámica de un Derecho Penal humanitario, parecen situarse más próximas a las tesis que, históricamente, han venido atribuyendo a las penas una finalidad puramente retributiva y punitiva.

Precisamente el actual proceso de pacificación que parece estar consolidándose, tras el anuncio en 2011 del alto el fuego del Grupo Terrorista ETA, suscita cierta preocupación entre algunos grupos de Asociaciones de Víctimas de Terrorismo que, ante el temor de una estrategia de “impunidad”, cimentada sobre la base de “excarcelaciones criminales”, abogan por el mantenimiento de las reclamaciones de firmeza policial, eficacia jurídica, cumplimiento íntegro y aislamiento político<sup>2</sup>; planteamientos todos ellos, que si bien determinan la actual respuesta jurídico-penal y penitenciaria, se alejan sobremedida de lo que debe entenderse

## ANA I. PÉREZ MACHÍO

PROFESORA TITULAR DERECHO PENAL UPV/EHU  
INVESTIGADORA IVAC/KREI

como un Derecho Penal humanitario, propio de un Estado Democrático y de Derecho<sup>3</sup>.

Lo que prosigue, a continuación, pretende aproximarse a la delimitación jurídico-penal del concepto de “impunidad”, así como a la conciliación entre el derecho a la justicia de las víctimas del terrorismo y el derecho a las garantías de la justicia de los autores de los hechos ilícitos, a la vista del contexto del final de ETA.

### I. LA CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA IMPUNIDAD

Tal y como se ha venido recogiendo en numerosos trabajos y textos internacionales, desde el punto de vista jurídico-penal, se puede definir “impunidad” como “no punibilidad” o “ausencia de castigo”<sup>4</sup>, cuyo origen puede residir en normas, especialmente, en disposiciones sobre amnistía e indulto (impunidad normativa) o en mecanismos fácticos que prohíben una persecución y sanción penal (impunidad fáctica)<sup>5</sup>.

Desde un sentido amplio, la impunidad implica la no persecución penal de conductas (acciones y omisiones) que se encuadran, en principio, en el derecho penal nacional material y que pertenecen a la criminalidad común, pero que no resultan castigados<sup>6</sup>. Sin embargo, puede no sólo afectar a la falta de sanción penal, sino que podría abarcar también a otras sanciones administrativas o disciplinarias, alternativas o complementarias que, conforme a las exigencias jurídicas internacionales, pudieran completar el alcance retributivo de la acción pública por tales delitos<sup>7</sup>.

Pues bien, los movimientos de lucha contra la impunidad que, tradicionalmente han surgido al

albor de las violaciones masivas de derechos humanos y que han confluído en la actual normativa de imprescriptibilidad de dichos comportamientos, se están extendiendo a ámbitos desconocidos, hasta el momento presente, como es, el correspondiente a las víctimas de los delitos de terrorismo.

Ahora bien, frente a la doctrina de la lucha contra la impunidad de las violaciones masivas de derechos humanos, traducida en un derecho de las víctimas a que se investigue, se identifique, se juzgue a los individuos responsables, es decir, a un derecho de las víctimas a la Justicia, este mismo derecho a la Justicia de las víctimas de los delitos de terrorismo, parece traducirse, por lo que a determinadas demandas implica, en un derecho de las víctimas al castigo del autor<sup>8</sup>.

Las exigencias de eficacia policial y jurídica a las que nos hemos referido anteriormente, así como las manifestaciones a favor de que los terroristas cumplan íntegramente sus condenas<sup>9</sup> -surgidas, fundamentalmente, al amparo de la aprobación del Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la Ley de 30 de abril de 2012<sup>10</sup>- evocan una tendencia expansionista de un Derecho Penal que sitúa en el centro de sus objetivos el de hacer justicia a las víctimas, rechazando cualquier institución que implique, en el ámbito de la ejecución de la pena, una disminución o renuncia a la misma<sup>11</sup>.

Sin embargo, la cuestión radica en determinar si la realización de la Justicia para la víctima o el derecho a la Justicia de las víctimas, con el fin de evitar la impunidad, debe implicar, necesariamente, el castigo efectivo del autor y, desde esta perspectiva, cómo encaja el derecho a la Justicia de las víctimas con el derecho a las garantías de la Justicia de los autores del delito.

## II. DERECHO A LA JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS VERSUS DERECHO A LAS GARANTÍAS DE LA JUSTICIA DE LOS AUTORES DE LOS HECHOS ILÍCITOS

### A. Derecho a la Justicia de las víctimas: dimensión internacional e interna

Frente a la proyección constitucional del derecho a las garantías de la Justicia de los autores de los hechos ilícitos a la que nos referiremos posteriormente, la dimensión victimal del derecho a la Justicia, si bien carece de reflejo específico a lo largo de la Carta Magna, encuentra un desarrollo normativo a partir del reconocimiento tanto internacional, como interno, de lo que actualmente se conoce como los derechos de las víctimas con respecto a la Administración de Justicia.

Ya en la Recomendación (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal, se indicaba que una de las funciones fundamentales de la Justicia Penal debería ser responder a las necesidades de las víctimas y proteger sus intereses, para reducir la victimación secundaria, favorecer su confianza en la justicia y la colaboración con ella<sup>12</sup>.

Varios son, en este sentido, los instrumentos internacionales en materia de víctimas y de Administración de Justicia que sirven de parámetros en el desarrollo del derecho a la Justicia de las víctimas, debiendo destacarse los siguientes: a) Manual de Naciones Unidas sobre justicia, relativo a la utilización y aplicación de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (1999), y b) la Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen

Los movimientos de lucha contra la impunidad que, tradicionalmente han surgido al albor de las violaciones masivas de derechos humanos y que han confluído en la actual normativa de imprescriptibilidad de dichos comportamientos, se están extendiendo a ámbitos desconocidos, hasta el momento presente, como es, el correspondiente a las víctimas de los delitos de terrorismo

normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, sobre el Estatuto Jurídico de la Víctima en el Proceso Penal, de 15 de marzo de 2001. Según dichos documentos los derechos de las víctimas respecto de la Administración de Justicia pueden agruparse en cinco apartados:

1. Participación en el proceso y en las actuaciones penales.
2. Protección de la dignidad, la intimidad y la seguridad.
3. Información y apoyo.
4. Derecho de acción a los servicios de apoyo a las víctimas, entendiendo por tal, el relativo a la reparación y asistencia en los ámbitos jurídico, material, psicológico, moral y social.
5. Y, en última instancia, la prevención.

A la vista de todos los aspectos mencionados, la dimensión internacional de la tutela de la víctima derivada de su derecho a la Justicia, reside en aspectos diversos, tendentes todos ellos a garantizar tanto su participación en el proceso con todas las garantías, como su protección, tutela y apoyo para la superación de la situación de victimización, en sentido integral. En efecto, la totalidad de derechos en los que reside la dimensión internacional del derecho a la Justicia de las víctimas atribuye a las mismas un estatuto preferente, respecto de cualquier ciudadano no afectado por los hechos delictivos, que le permite, no sólo el ejercicio de la acción penal, sino de una totalidad de derechos de los que además deriva la obligación estatal de persecución, investigación y castigo de los hechos ilícitos, tratando de evitar la denominada impunidad jurídico-penal por parte del Estado.

Por lo que respecta al ámbito interno, el Derecho a la Justicia de las víctimas del

terrorismo, tiene una doble dimensión; por un lado, el reconocimiento de una batería de medidas que resultan determinantes para el restablecimiento de la dignidad de la víctima y, por otro lado, el reconocimiento de un derecho a la acción, a través del que se pretende que se dirija un juicio de reproche al autor, e incluso, que si se constata un injusto culpable, así como los demás presupuestos de la imposición de la pena, tenga lugar el castigo.

Esta dimensión que se inició en el año 1999, en el ámbito estatal, pivota, en nuestra realidad territorial, sobre la base de dos pilares fundamentales: la Ley vasca 4/2008, de reconocimiento y reparación a las víctimas del terrorismo; y la Ley estatal 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas de terrorismo.

La normativa autonómica se convirtió en 2008 en la antesala de lo que posteriormente sería la Ley estatal de 2011. Sobre la base de los principios de Memoria, Dignidad, Justicia y Verdad, la ley vasca se conforma como un instrumento que acoge las necesidades de las víctimas del terrorismo, desde una dimensión más amplia. En efecto, junto al reconocimiento del derecho a la acción y a la totalidad de medidas materiales, económicas, psicológicas y sociales, tan necesarias para la superación de la situación de la victimización terrorista, se sitúa un conjunto de derechos, destinados a la recuperación de la dignidad de las personas que han sufrido esta situación de victimización. Esta triple dimensión, sobre la que reside el derecho a la Justicia de las víctimas del terrorismo, desde la perspectiva de la ley vasca, es la que posteriormente fue asumida por el legislador estatal y proclamada en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas de terrorismo.

Así, la dimensión interna del derecho a la Justicia de las víctimas de terrorismo ex-

**El Derecho a la Justicia de las víctimas del terrorismo, tiene una doble dimensión; por un lado, el reconocimiento de una batería de medidas que resultan determinantes para el restablecimiento de la dignidad de la víctima y, por otro lado, el reconocimiento de un derecho a la acción, a través del que se pretende que se dirija un juicio de reproche al autor, e incluso, que si se constata un injusto culpable, así como los demás presupuestos de la imposición de la pena, tenga lugar el castigo**



tiende su influencia, desde una perspectiva integral, por la totalidad de aspectos que permiten la superación de la situación de victimización, destacándose el especial rol que ha de asumir el Estado, no sólo en el proceso de atención, apoyo y ayuda a estos colectivos, sino, específicamente, en la promoción del ejercicio de la acción penal, evitándose, al igual que sucede en el ámbito internacional, supuestos de impunidad jurídico-penal. En efecto, el Estado debe embarcarse en la labor de investigar, perseguir y sancionar aquellos hechos que, precisamente, por ser considerados ilícitos, requieren de una determinada respuesta jurídico-penal.

A la vista de todo lo mencionado, el ejercicio del derecho a la Justicia de las víctimas del terrorismo implica los ámbitos de justicia procedimental, terapéutica y restaurativa, complementarios entre sí, dentro del sistema de garantías del ordenamiento jurídico-penal<sup>13</sup>. Entendido desde esta perspectiva, el derecho a la Justicia de las víctimas, tanto a nivel internacional, como a nivel interno, reside en el reconocimiento de un conjunto de virtualidades que dignifican a la víctima<sup>14</sup>, ubicándola en el lugar que le ha venido siendo negado históricamente por el *Ius Puniendi*, más preocupado, tradicionalmente, por los derechos y garantías del autor de los hechos ilícitos.

## **B. Derecho a las garantías de la Justicia de los autores de los delitos**

Tal y como se ha destacado, el derecho a la Justicia de las víctimas del terrorismo y la lucha contra la impunidad, exigiendo a los Estados la investigación, persecución y sanción de los hechos ilícitos, debe conjugarse, necesariamente, con el derecho a las garantías de la Justicia de los autores de dichos comportamientos.

Varios son los instrumentos internacionales que aluden a la obligación jurídica estatal, tanto de

garantizar los derechos humanos recogidos en los mismos, como de articular los mecanismos necesarios y efectivos que aseguren la protección de éstos, en supuestos de violaciones y lesiones específicas.

Así se recoge, por ejemplo, en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, del que, tal y como convienen Bonet Pérez y Aljja Fernández, se infiere la necesidad de organizar el sistema judicial estatal con miras a proveer a las personas, a través de un funcionamiento adecuado y de unos mecanismos reales y efectivos,

de las debidas garantías de los derechos humanos reconocidos en los mismos, concretados, en el derecho a un recurso efectivo ante las violaciones producidas; en el derecho a ser oído ante un tribunal independiente e imparcial; en el derecho a un juicio en el que se respeten todas las garantías de defensa; o bien en el derecho a la presunción de inocencia<sup>15</sup>.

Así entendido, el derecho a las garantías de la Justicia se interpreta desde una doble dimensión. Por un lado, en cuanto garantía del respeto hacia los derechos humanos y, por otro lado, como respeto de las garantías y derechos procesales.

La dimensión interna del derecho a las garantías de la Justicia, por lo que al autor de los hechos ilícitos se refiere, reside en el Derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24 de la Constitución Española, cuyo número 1 garantiza que tengan tutela jurisdiccional todas las situaciones jurídicas, es decir, todas aquellas situaciones o relaciones contempladas por el Ordenamiento de las que deriven poderes jurídicos para unos sujetos y correlativos deberes jurídicos para otros<sup>16</sup>. El derecho a la tutela judicial efectiva tiene pues un ámbito universal, en el sentido de que abarca todas las situaciones juridificadas, no alterando su contenido en virtud de la importancia del derecho o interés que se hace valer en el proceso, sino que se tiene por

Junto al reconocimiento del derecho a la acción y a la totalidad de medidas materiales, económicas, psicológicas y sociales, tan necesarias para la superación de la situación de la victimización terrorista, se sitúa un conjunto de derechos, destinados a la recuperación de la dignidad de las personas que han sufrido esta situación de victimización

igual, cualquiera que sea éste<sup>17</sup>. El Tribunal Constitucional ha realizado, también en este punto, una interpretación extensiva del precepto constitucional, pues ha entendido que el Derecho a la tutela judicial efectiva se ostenta, no sólo cuando en el proceso se hacen valer derechos o intereses sustantivos, sino también cuando lo que están en juego son derechos o intereses meramente procesales a los que no subyace ningún derecho sustantivo, como, por ejemplo, sucede en los casos de ejercicio de la acción penal<sup>18</sup>.

Desde esta perspectiva, el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en el derecho a tener libre acceso a los Tribunales para solicitar de éstos la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, sea favorable o desfavorable, siempre que se cumplan los requisitos procesales o, en caso contrario, una resolución de inadmisión de la pretensión formulada, igualmente fundada en derecho, a presentar los recursos que las leyes prevean y a que el contenido del fallo sea respetado y ejecutado, conforme a los principios y límites de la ejecución penal y la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad (art. 25 CE).

### **C. Derecho a la Justicia de las víctimas del terrorismo y Derecho a las garantías de la Justicia de los autores: la conciliación de la “lucha contra la impunidad” y la “garantía constitucional de resocialización y reinserción social”**

La conceptualización del derecho a la Justicia de las víctimas no debe implicar la configuración de respuestas penales, procesales y penitenciarias que mermen, limiten y restrinjan el también reconocido derecho a la Justicia de los autores de los hechos ilícitos. La doctrina de la lucha contra la im-

punidad que, efectivamente, se vincula al derecho a la Justicia de las víctimas no debe traducirse, por lo tanto, en exigencias que se sitúen por encima de las leyes, vulnerando garantías y derechos procesales básicos reconocidos jurídicamente.

Es más, la conceptualización de la impunidad jurídico-penal, tal y como se ha destacado anteriormente, se limita a la no punibilidad o ausencia de castigo, como consecuencia de la existencia de instrumentos jurídicos que o bien prohíben la persecución y sanción penales, o bien responden a

disposiciones sobre amnistía e indulto; algo que dista de lo que, en un determinado momento, cumplidas unas concretas condiciones, puede redundar en el cumplimiento de las demandas, por ejemplo, de beneficios penitenciarios que se limitan a responder al mandato constitucional de resocialización y reinserción social, en cuanto objetivos básicos y fundamentales de las penas privativas de libertad, constituyendo, al mismo tiempo, una de las modalidades de cumplimiento íntegro de ejecución de penas.

Por lo tanto, la nueva situación de alto el fuego de ETA, no debe implicar una rebaja en la conquista de derechos logrados por las víctimas del terrorismo, pero tampoco debe permitir que algunas demandas de determinados colectivos de víctimas se impongan a la normativa en vigor, manteniendo, innecesariamente, determinados aspectos normativos que vulneran principios y finalidades consagradas constitucionalmente, como la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad y se alejan sobremanera de los postulados del Derecho a las garantías de la Justicia de los autores de los delitos.

En efecto, desaparecida la situación excepcional, el legislador debería plantearse una modificación, o al menos, una revisión de aquellos aspectos que difícilmente se conjugan con los postulados de

La conceptualización del derecho a la Justicia de las víctimas no debe implicar la configuración de respuestas penales, procesales y penitenciarias que mermen, limiten y restrinjan el también reconocido derecho a la Justicia de los autores de los hechos ilícitos



un Estado Democrático y de Derecho, al ubicarse muy lejos de lo que se conoce como un Derecho Penal Humanitario, cuya flexibilidad, con arreglo a la normativa y a los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, finalidad resocializadora y reparación material y moral de las víctimas, nada tiene que ver con manifestaciones de impunidad jurídico-penal, en el sentido que hemos comentado.

La necesidad de replanteamiento, flexibilización y modificación de los aspectos que a continuación se mencionan, además de adecuar la presente normativa a los postulados ya comentados, permitirá que la excepcionalidad normativa carezca de apariencia de normalidad, en sentido contrario a lo actualmente en vigor.

Especialmente destacables resultan los siguientes aspectos:

- En primer lugar, la amplitud extensiva con la que se han configurado algunas modalidades delictivas de terrorismo (artículos 576 y 578, principalmente) que implican un excesivo adelanto de las barreras punitivas<sup>19</sup>. En efecto, será conveniente, como se viene destacando, una redefinición y concreción de los tipos penales relativos al terrorismo, con el fin de adecuarlos a los principios de legalidad y evitar limitaciones injustificadas de libertades constitucionales, como las de asociación o expresión, trascendiendo en la regulación penal de la visión estrecha que, en este momento, la condiciona, y delimitando el tipo penal correspondiente, en función de que haya existido o no una lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente protegido por la norma<sup>20</sup>.

- En segundo lugar, la medida de seguridad de libertad vigilada, incorporada al Código Penal a través de la Ley Orgánica 5/2010 para los supuestos de libertad e indemnidad sexuales y terrorismo, que permite la entrada a postulados más propios

del Derecho Penal del enemigo, siendo, en estos casos, el punto de partida de una presunción de peligrosidad futura y, consecuentemente, la asunción del fracaso de la función resocializadora y rehabilitadora de la pena y del tratamiento penitenciario<sup>21</sup>.

Es más, una vez asumida la incompatibilidad de la prevención especial pre-delictual con los principios que delimitan el *Ius Puniendi* estatal en un Estado Democrático y de Derecho y, conveniendo con la doctrina mayoritaria, en que el medio eficaz

de protección de bienes jurídicos se determina en torno a la prevención especial post-delictual y a la prevención general, la irrupción de una medida de seguridad como la presente implica una vuelta a la prevención especial pre-delictual, respecto de sujetos que han pasado largo período de cumplimiento de privación de libertad, es decir, en relación a sujetos que han cumplido el *quantum* total de pena por el hecho cometido, pero que, en una indefinida “prognosis de peligrosidad” inicial, que atiende al tipo de delito cometido (en nuestro caso, delitos de terrorismo), se consideran *per se* no resocializables y peligrosos permanentemente para la sociedad<sup>22</sup>.

Esta medida de seguridad post-pena, basada en la prognosis de peligrosidad futura del sujeto y, por tanto, en una prevención especial cargada de elementos asegurativos de defensa social, no es otra cosa que una medida de prevención especial pre-delictual que resulta incompatible con el mandato constitucional contemplado en el artículo 25 CE y que requiere, en el sentido puesto de manifiesto anteriormente, de una revisión, a la vista de la especial vulneración del Derecho a las garantías de la Justicia del autor de los hechos que la misma implica.

- En tercer lugar, el denominado “período de seguridad” (art. 36 CP), a partir del cual, en materia

**Será conveniente, como se viene destacando, una redefinición y concreción de los tipos penales relativos al terrorismo, con el fin de adecuarlos a los principios de legalidad y evitar limitaciones injustificadas de libertades constitucionales**

de delitos de terrorismo, el condenado no podrá acceder al tercer grado penitenciario, hasta que haya cumplido la mitad de la pena. Con ello, tal y como muy acertadamente destacan varios autores, 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<sup>23</sup>, con el fin de evitar el vaciado de contenido de las penas y, con ello, la alarma social que producen estos delitos, configurándose, de esta forma, lo que se ha convenido en denominar “Derecho Penal del enemigo”<sup>24</sup>.

- En cuarto lugar, la exigencia de cumplimiento íntegro de penas en los supuestos de condenados por delitos de terrorismo al albor de los artículos 76 y 78 CP, respecto de los que la determinación de penas privativas de libertad de 25, 30 o 40 años que resulten inferiores a la mitad de la suma total de las impuestas, implicarán, en la práctica, el cumplimiento de forma íntegra y efectiva del límite máximo de condena.

Mucho se ha escrito sobre el cumplimiento íntegro de penas privativas de libertad que implicó la reforma operada en 2003. Las voces más críticas, muy acertadamente, parten del hecho de que las penas superiores a 30 años de privación de libertad, lejos de limitarse a dificultar el objetivo resocializador del artículo 25.2 CE<sup>25</sup>, pueden suponer una humillación o sensación de envejecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscritos en el artículo 15 CE<sup>26</sup>.

Ya en el año 1981 Muñoz Conde venía destacando que las más recientes investigaciones criminológicas habían puesto de relieve que las penas privativas de libertad de más de 15 años

de duración producen graves alteraciones en la personalidad del que las sufre, generando un efecto desocializador contrario a la readaptación social que como finalidad de las penas y medidas privativas de libertad se establece en el artículo 25.2 CE. Las penas de 20, 25 o 35 años, continuaba, deben ser rechazadas por cuanto va contra los principios científicos ya mencionados y no tiene más justificación que la irracional satisfacción de instintos colectivos de venganza<sup>27</sup>. Posteriormente, en el año 1986, Beristain Ipiña, también se hace eco de estas consideraciones, al señalar que la privación de libertad durante más de 14 o 15 años resulta nefasta, puesto que se corre un grave riesgo de daños irreversibles en la personalidad del preso, debiendo adoptarse esos períodos de 14 o 15 años como límites máximos de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad<sup>28</sup>.

En la actualidad se insiste en que, en muchas ocasiones, tales sanciones son impuestas, en atención a la posibilidad de que el condenado pueda volver a cometer delitos abominables. Es decir, que la duración de la condena se vincula no a lo que el sujeto ha cometido, sino a la hipotética posibilidad de lo que puede cometer. Pero la pena se fundamenta ante todo en la responsabilidad

jurídico-penal por un hecho ya cometido, y no por la peligrosidad del sujeto respecto a hipotéticos hechos futuros, peligrosidad que, en cuanto predicción, nunca puede ser absolutamente cierta<sup>29</sup> y aun cuando se tuviera capacidad para predecirla, no debería ser tomada en cuenta de cara a la individualización de la culpabilidad (responsabilidad) que debe demostrarse en la sentencia condenatoria, más allá de cualquier duda razonable.

- En quinto lugar, debe imponerse la coherencia de la intervención penal, con su función de instrumento al servicio de la convivencia en

Las penas privativas de libertad de más de 15 años de duración producen graves alteraciones en la personalidad del que las sufre, generando un efecto desocializador contrario a la readaptación social que como finalidad de las penas y medidas privativas de libertad se establece en el artículo 25.2 CE

En definitiva, el derecho a la Justicia de las víctimas del terrorismo, no debe implicar una mayor expansión del Derecho Penal, esto es, un Derecho Penal del enemigo que, en el ámbito de los delitos de terrorismo, responda a demandas puramente retributivas y punitivas

libertad, a la hora de proceder a interponer los requisitos precisos para que los condenados por terrorismo accedan a la libertad condicional, tal y como se desprende del contenido de los artículos 90 y 91 CP, no exigiendo para su disfrute el cumplimiento imperativo de condiciones que no se contemplan, expresamente como requisitos, para la determinación de un pronóstico favorable de reinserción social.

La obligación estatal de investigar, identificar y juzgar a los responsables, en cuanto, por un lado, aspecto esencial de la lucha contra la impunidad y, por otro, contenido básico del derecho a la Justicia de las víctimas debe, necesariamente, convivir y conciliarse con el derecho a las garantías de la Justicia de los autores de los delitos, evitando que se mantengan mermas injustificadas de este último, difícilmente encuadrables en un contexto de paz. Desde esta perspectiva, la consagración constitucional de la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad, debe abogar por un sistema penal respetuoso con los principios y limitaciones impuestos en un Estado Democrático y de Derecho, huyendo de disposiciones excepcionales que resultan incoherentes con los postulados propios del modelo de Estado mencionado, fundamentalmente, en contextos de convivencia pacífica.

Dicha conciliación, actualmente, pasa necesariamente, por una revisión o replanteamiento de la actual política-criminal existente en materia de ejecución penal, a la vista de la situación en la que nos encontramos.

### III. DERECHO A LA JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO Y DERECHO A LAS GARANTÍAS DE LA JUSTICIA DE LOS AUTORES DE LOS HECHOS DELICTIVOS: LA VÍA CONTRA LA IMPUNIDAD Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS BÁSICAS DE LOS AUTORES DE LOS DELITOS

A la luz de todo lo mencionado, el derecho a la Justicia de las víctimas del terrorismo de un Estado Social, Democrático y de Derecho como el nuestro, se conforma, en este sentido, como la otra cara de la moneda constituida por el Derecho a las garantías de la Justicia de los victimarios. No se trata de un derecho antagónico, ni prevalente sobre el denominado derecho a la tutela judicial efectiva. Se trata, como destaca Silva Sánchez, de un derecho a que se apliquen las leyes que no es equiparable a un derecho material al castigo que se situaría por encima de las mismas<sup>30</sup>.

Así, si como destaca Mate, el Derecho a la Justicia de las víctimas pasa necesariamente por la concreción de políticas de reparación, por estrategias de reconocimiento social e institucional de ser ciudadano/a y por la reconciliación<sup>31</sup>, este derecho no conjuga con aquellas demandas que, frente a una presunta impunidad jurídico-penal y excarcelaciones criminales, abogan por aislamiento político y cumplimiento íntegro de condenas, en el sentido anteriormente mencionado.

Huelga decir, que el concepto de impunidad, desde un punto de vista jurídico-penal, se delimita por la idea de no punibilidad o ausencia de castigo, vinculada a la no persecución de conductas criminales. Frente a la impunidad jurídico-penal se alza el

El derecho a la Justicia de la víctima no es óbice para apreciar los márgenes de flexibilidad legales existentes en el ámbito de la ejecución penal que debe orientarse hacia la reinserción social

derecho a la Justicia de las víctimas que, junto a su perspectiva reparadora y dignificadora, se concreta en el objetivo de procurar descubrir la verdad de los delitos, respetando tanto los derechos y garantías de los imputados, como los derechos de las víctimas a que se investiguen los delitos sufridos y a la obtención de una sentencia, al margen de la concreta ejecución específica de la pena<sup>32</sup>. El derecho a la Justicia de la víctima no es óbice para apreciar los márgenes de flexibilidad legales existentes en el ámbito de la ejecución penal que debe orientarse hacia la reinserción social. En este sentido, ponderadas las circunstancias de los acusados, de acuerdo a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, finalidad resocializadora y reparación material y moral de las víctimas, no debe hablarse de una impunidad jurídico-penal –aun cuando el resultado no pueda coincidir con lo que cada uno individualmente considere que era lo “merecido”-, cuando la actuación de la Justicia se produce de manera regular y en adecuada aplicación de la ley<sup>33</sup>.

Así, el derecho a la Justicia de las víctimas y, consecuentemente, la lucha contra la impunidad, no se traduce en un derecho al castigo del autor. Es más, debe residir en dar una respuesta integral desde perspectivas institucionales, jurídicas y sociales, con la finalidad de tutelar, proteger y ayudar a la totalidad de las víctimas del terrorismo. Como destaca Giménez, cualquier víctima de terrorismo puede legítimamente querer satisfacer su espíritu de venganza, a través del cumplimiento íntegro de la pena impuesta a los autores, pero el Estado no puede asumir el papel de vicario en el cumplimiento de ese deseo, debiendo limitar su actuación al hecho de ser un agente que facilita la reinserción<sup>34</sup>. En este sentido, los supuestos de no ejecución de la pena o de reducción o disminución de la misma, en los casos de actuación regular de la Justicia, lejos de interpretarse como manifestaciones de impunidad, responden a los objetivos de reinserción y resocialización, propios del mandato constitucional del artículo 25.2 de la Carta Magna.

En definitiva, el derecho a la Justicia de las víctimas del terrorismo, no debe implicar una mayor expansión del Derecho Penal, esto es, un Derecho Penal del enemigo que, en el ámbito de los delitos de terrorismo, responda a demandas puramente retributivas y punitivas. Por su parte, la lucha contra la impunidad no debe guiarse por finalidades vindicativas que imposibiliten el mandato constitucional

de la reinserción y resocialización del artículo 25 de la Carta Magna.

Por lo tanto, la conciliación del derecho a la Justicia de las víctimas con el derecho a las garantías de la Justicia de los autores de los hechos implica el reconocimiento de una globalidad de virtualidades que, desde un punto de vista integral, permiten la superación de la situación de victimización terrorista, favoreciendo también, no sólo el ejercicio de la acción penal, sino la exigencia estatal de persecución, investigación y sanción de hechos delictivos cuyo ejercicio, debe conjugarse con el derecho a las garantías de la Justicia del autor de los hechos cuyas garantías y derechos procesales deben quedar amparados, sobre la base de los principios básicos de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, finalidad resocializadora y reparación material y moral de las víctimas.

Desde esta perspectiva, la necesidad de respetar los principios alegados, así como las finalidades contempladas en el ya mencionado Programa para el Desarrollo de la Política Penitenciaria de Reinserción Individual en el Marco de la Ley, debe obligar al legislador a revisar aquellos aspectos de la normativa antiterrorista, tradicionalmente caracterizados como legislación excepcional<sup>35</sup> -sin que dicha revisión sea equiparable a una opción de impunidad jurídico-penal-, por la especial vulneración de derechos que han venido implicando, habida cuenta, precisamente, de la desaparición de la excepcionalidad, debiendo el Estado, en esta nueva coyuntura, dar una respuesta penal, procesal y penitenciaria acorde con los principios básicos ya comentados y cargada de la normalidad jurídica de la que prescinde la actual normativa en vigor.

**La lucha contra la impunidad no debe guiarse por finalidades vindicativas que imposibiliten el mandato constitucional de la reinserción y resocialización del artículo 25 de la Carta Magna**

AMBOS, K., *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2ª edición. Edit. Ad-hoc. Buenos Aires, 1999.

BACH FABREGÓ, R./GIMENO CUBERO, M. A., "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas (arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66bis, 83, 100, 103 y 116 CP)", en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, dirigidos por Quintero Olivares. Edit. Thomson Reuters. Cizur Menor, 2010, pp. 71-90.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., "La nueva "medida de seguridad" de "libertad vigilada" aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del Derecho Penal del enemigo", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 104, 2011, pp. 95-132.

BERISTAIN IPIÑA, A., *Derecho Penal y Criminología*. Edit. Temis. Bogotá, 1986.

-*Víctimas del terrorismo. Nueva Justicia, Sanción y Ética*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

BONET PÉREZ, J./ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbo, 2009.

CALPARSORO, J., "El Derecho Penal ante el fin de ETA", en *Revista Hermes*, núm. 42, 2012, pp. 58-72.

CANCIO MELIÁ, M., "Terrorismo y Derecho Penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho", en *Política Criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Edit. Civitas. Madrid, 2008, pp. 307-324.

*Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Edit. Reus. Madrid, 2010.

CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Edit. Atelier. Barcelona, 2011.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "El principio de humanidad en Derecho Penal", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Homenaje a nuestro fundador el Profesor Dr. h.c. Antonio Beristain*, núm. 23, 2009, pp. 209-226.

"Elkarrizketa: hemos perdido la sensibilidad democrática como consecuencia del terrorismo", en *Revista Her-*

*mes*, núm. 42, 2012, pp. 44-55.

DE MARCOS MADRUGA, F., "Artículo 106", en *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por Gómez Tomillo, 2ª edic. Edit. Lex Nova. Valladolid, 2011, pp. 436-440.

DE PRADA, R., "La Justicia Penal ante el final de ETA", en *Revista Hermes*, núm. 42, 2012, pp. 22-30.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Artículo 24. Garantías procesales", en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por Alzaga Villaamil. Tomo III. Edit. EDERSA. Madrid, 1996, pp. 19 a 123.

FERNÁNDEZ DÍAZ, E., "Estudio y evaluación de las políticas públicas en apoyo a las víctimas del terrorismo", en *Impulso de la paz y de la Memoria de las víctimas del terrorismo. Evaluación de las políticas públicas de impulso de la Paz y de la Memoria de las víctimas del Terrorismo*. Edit. Editorial Académica Española. Saarbrücken, 2012, pp. 13 a 105.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J., "La reforma del sistema de sanciones", en *La Reforma penal de 2010*, coordinado por Zúñiga Rodríguez, Gorjón Barranco y Fernández García. Edit. Ratio Legis. Salamanca, 2011, pp. 25-66.

FORO CONTRA LA IMPUNIDAD, <http://www.forocontralaimpunidad.com>

FUNDACIÓN VÍCTIMAS DEL TERRORISMO, "Principios rectores para un modelo de fin de ETA sin impunidad", en <http://www.fundacionvtr.org/images/fvt/documentos>.

GIMÉNEZ, J., "Reflexiones para una convivencia ante el final de ETA", en *Revista Hermes*, núm. 42, 2012, pp. 4 a 12.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares procesales*. Edit. Grupo de Estudios de Política Criminal. Málaga, 2005.

LAMARCA, I., "El Derecho Penal, los principios democráticos y la lucha contra ETA", *Revista Hermes*, núm. 42, 2012, pp. 14-20.

LANDA GOROSTIZA, J. M., "Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias" (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿hacia dónde?",

en *Derecho Penal de enemigo: el discurso penal de la exclusión*, coordinado por Cancio Melia y Gómez-Jara Díez, vol. 1. Edit. Edisofer. Buenos Aires, 2006, pp. 165-202.

"Víctimas: análisis de su problemática y su aportación a la realización de la paz", en *Paz-Pacificación-Reconciliación*, núm. 13, 2012, pp. 11-41.

MATE, R., "El significado de las víctimas en nuestro tiempo", en *II Congreso de la sociedad española de Victimología. Libro de resúmenes. Conocer, reconocer y reparar a las víctimas*. Donostia-San Sebastián 2007, pp. 5 a 6.

MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., "Propuesta alternativa de la Parte General del Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, 1982, pp. 609-650.

NACIONES UNIDAS, *La Administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos. Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1995/35 de la Subcomisión*. E/CN.4/Sub.2/1996/18, de 20 de junio.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Mar"¿Nullum crimen sine poena?. Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "Derecho de la víctima al castigo del autor", en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas*, núms. 86-78, 2008, pp. 149 a 171.

VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Atención institucional a las víctimas de terrorismo en Euskadi. Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco*. Edit. Ararteko. Vitoria-Gasteiz, 2009.

1. Para una profundización del presente tema véase PÉREZ MACHÍO, “¿Garantismo versus Impunidad”, en *Terrorismo e impunidad. Significados y respuestas desde la Justicia victimal*, dirigido por De la Cuesta Arzamendi. Dillex, Madrid, 2014.
2. Téngase en cuenta el Texto Fundacional del “Foro contra la Impunidad” de Euskadi. En idéntico sentido, el documento “Principios rectores para un modelo de fin de ETA sin impunidad” de la Fundación Víctimas del Terrorismo.
3. Para una profundización en el principio de humanidad de las penas, téngase en cuenta, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “El principio de humanidad en Derecho Penal”.
4. Véase, NACIONES UNIDAS, *Administración de Justicia y Derechos Humanos de los detenidos*, p. 8. En idéntico sentido, SILVA SÁNCHEZ, “¿Nullum crimen sine poena?”, p. 153.
5. En este sentido, AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, p. 34; BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos*, p. 17.
6. Así, AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, p. 35; BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos*, p. 15.
7. BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos*, p. 18.
8. SILVA SÁNCHEZ, “¿Nullum crimen sine poena?”, p. 163.
9. Téngase en cuenta, las manifestaciones realizadas por la Asociación de Víctimas del Terrorismo (AVT) y la Asociación de Voces contra el Terrorismo, en El País, el 26 de abril de 2012.
10. Véase el texto íntegro en la página web del Ministerio de Interior: <http://www.interior.gob.es/press/programa-para-el-desarrollo-de-la-politica-penitenciaria>.
11. SILVA SÁNCHEZ, “¿Nullum crimen sine poena?”, p. 163.
12. VARONA MARTÍNEZ, *Atención institucional a las víctimas del terrorismo*, p. 268.
13. FERNÁNDEZ DÍAZ, “Estudio y evaluación de las políticas públicas en apoyo a las víctimas del terrorismo”, p. 45.
14. BERISTAIN IPIÑA, *Víctimas del terrorismo*, p. 99.
15. BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos*, p. 26.
16. Por todos, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Artículo 24”, p. 30.
17. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Artículo 24”, p. 30.
18. Véanse, Sentencia del TC 62/1983; 147/1985; 241/1992; 34/1994 y 211/1994, entre otras.
19. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, p. 37, del mismo, “Terrorismo y Derecho Penal”, p. 309; LAMARCA, “El Derecho Penal, los principios democráticos y la lucha contra ETA”, p. 16; LANDA GOROSTIZA, “Víctimas”, p. 24.
20. DE PRADA, “La Justicia penal ante el final de ETA”, p. 26.
21. En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, p. 111; DE MARCOS MADRUGA, “Artículo 106”, p. 436.
22. BENÍTEZ ORTÚZAR, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, p. 114.
23. BACH FABREGÓ/GIMENO CUBERO, “Clases y contenido de penas y ejecución de las penas”, p. 85; LAMARCA, “El Derecho Penal, los principios democráticos y la lucha contra ETA”, p. 17; LANDA GOROSTIZA, “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias”, p. 5.
24. FERNÁNDEZ GARCÍA, “La reforma del sistema de sanciones”, p. 42.
25. Véanse, en este sentido, entre otros, CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión*, p. 72; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución*, p. 30; MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, “Propuestas alternativas de la Parte General del Código Penal”, p. 614.
26. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “El principio de humanidad en el Derecho Penal”, p. 219.
27. MUÑOZ CONDE, *Adiciones de Derecho español*, p. 1071. En idéntico sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “El principio de humanidad en Derecho Penal”, p. 216 señala que los efectos psicológicos y sociales generalmente ligados al internamiento de larga duración pueden convertir a estas penas en una especie de “tortura lenta y humillación psíquica” y constituyen un importante argumento en contra de la conciliación de esas penas con el principio de humanidad.
28. BERISTAIN IPIÑA, *Derecho Penal y Criminología*, p. 198.
29. CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión*, p. 80.
30. SILVA SÁNCHEZ, “¿Nullum crimen sine poena?”, p. 171.
31. MATE, “El significado de las víctimas en nuestro tiempo”, p. 5.
32. En este sentido, CALPARSORO, “El Derecho Penal ante el fin de ETA”, p. 62.
33. Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Elkarrizketa. Hemos perdido la sensibilidad democrática como consecuencia del terrorismo”, p. 48.
34. GIMÉNEZ, “Reflexiones para una convivencia ante el final de ETA”, p. 7.
35. DE PRADA, “La Justicia Penal ante el final de ETA”, p. 24.