

## La gestión de la ejecución de la pena de prisión en relación con las personas presas por delitos de terrorismo

**Julián Carlos Ríos Martín**

Doctor en derecho. Profesor de Derecho penal en la Universidad Comillas (ICADE).

### *Abstract*<sup>1</sup>

El abandono definitivo de la violencia por parte de la organización terrorista ETA abre un nuevo escenario político, social y jurídico. En este, la gestión de las políticas penales y penitenciarias tiene un papel fundamental. El gobierno mantiene los mismos criterios de intervención a pesar de que estos pueden haber perdido cierta eficacia argumental, al dejar de ser ETA una organización con capacidad de matar. Al estudio de esta cuestión está destinado este artículo.

*Abstract en inglés:* The definitive cessation of violence by the terrorist organization, ETA opens a new political, social and legal scene. Here, the management of penal and penitentiary policies plays a fundamental role. The government maintains the same intervention criteria, although they may have lost some argumentative effectiveness as ETA ceases to be an organization with the capacity to kill. This article is addressed in the study of this question.

*Title:* The management of the execution of the prison sentence in relation to the people imprisoned by terrorism offense.

*Keywords:* transnational justice, jail, basque conflict, terrorism, peace,

*Palabras clave:* justicia transnacional, cárcel, conflicto vasco, terrorismo, paz

---

<sup>1</sup> Este artículo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación “Reconciliación Ignaciana Transdisciplinar” (Universidad Pontificia Comillas).

## *Sumario*

1. Introducción
2. Criterios de aplicación de la ley penitenciaria para personas presas en el ámbito del terrorismo de ETA
  - 2.1. La política penitenciaria
    - a. En materia de ubicación del centro penitenciario. La política de dispersión
    - b. En materia de permisos
      - (i) Marco normativo y jurisprudencial
      - (ii) Criterios específicos de aplicación en los presos condenados por el terrorismo de ETA
    - c. En materia de comunicaciones
      - (i) Marco normativo y jurisprudencial
      - (ii) Criterios específicos de aplicación en los presos condenados por el terrorismo de ETA
    - d. En materia de recuentos
      - (i) Marco normativo
      - (ii) Criterios específicos de aplicación en los presos condenados por el terrorismo de ETA
    - e. En materia de régimen y derechos fundamentales
      - (i) Marco normativo
      - (ii) Criterios específicos de aplicación en los presos condenados por el terrorismo de ETA
    - f. Excarcelación de enfermos graves
      - (i) Marco normativo y jurisprudencial
      - (ii) Especificidades en los presos condenados por el terrorismo de ETA
    - g. En cuanto a los requisitos específicos para el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional
3. Conclusión
4. Bibliografía

## 1. Introducción

Desde que la organización terrorista ETA abandonó la violencia, en el País Vasco se abrió un nuevo escenario político, social y jurídico para gestionar las consecuencias generadas por tantos años de violencia<sup>2</sup>; y no sólo las causadas por el terrorismo, sino también por el Estado<sup>3</sup>.

La consecución de la paz y de una convivencia democrática necesita un abordaje holístico<sup>4</sup>. Las claves que aporta la justicia transicional pueden servir como estructura de trabajo: derecho a la verdad<sup>5</sup>, memoria<sup>6</sup>, reparación<sup>7</sup>, y garantía de no repetición de vulneraciones de derechos individuales y colectivos. Y, además, de forma prioritaria, a la justicia. Las personas que han sufrido vulneración de derechos humanos necesitan sentir que el Estado la ejerce. Por un lado, víctimas de ETA (Asociación de víctimas del terrorismo -AVT, COVITE) piden un endurecimiento de las condiciones penales y penitenciarias; también la delación para que sea posible el esclarecimiento de hechos aún no investigados. Por otro, presos y sus familias reclaman el cumplimiento ordinario de la legalidad, sin excepciones, como al resto de los presos. Es claro que si existe impunidad, o una aplicación desproporcionada o laxa, en la ejecución penitenciaria, o una actividad legislativa que se considere “blanda” o excesivamente represiva, la justicia puede calificarse de imperfecta.

<sup>2</sup> Durante los 58 años de la existencia de ETA han quedado gravemente afectadas multitud de personas; también la sociedad en su conjunto. Se ha vulnerado el derecho fundamental a la vida y se han destruido derechos y principios esenciales, individuales y colectivos, necesarios para el desarrollo de una sociedad: la libertad, la tolerancia y la paz. Detrás de cada cifra hay personas concretas y vidas marcadas por la injusticia padecida ALONSO R; DOMINGUEZ, F., (2010). *Vidas Rotas. Historia de los hombres, mujeres y niños víctimas*. Espasa. Este libro sistematiza la historia personal de los afectados por el terrorismo, contextualiza la época en que se produjo el atentado, recoge datos de la respuesta social que hubo y relaciona el crimen con el criminal cuando ha sido Juzgado. LARISGOITIA, I., ET AL., (2009). *La noche de las víctimas*. Fundación Fernando Buesa, donde describen y analizan las consecuencias de la violencia colectiva en la salud de las víctimas, las consecuencias y procesos de superación.

<sup>3</sup> CARMENA, M, LANDA J.M , MÚGICA R.,Y URIARTE J.M., (2013, p. 14). *Informe-base de vulneraciones de derechos humanos en el caso vasco (1960-2013)*. Secretaría General para la paz y la convivencia. Gobierno Vasco.

<sup>4</sup> Frente a la oportunidad para la pacificación y reconstrucción social que se abre desde que ETA puso fin a la violencia aparecen riesgos que lo dificultan: la autojustificación de las posiciones propias y recriminación de las ajenas; el seguimiento de las líneas oficiales de cada partido; el no reconocimiento de la ilegitimidad del daño; la utilización política y partidista del proceso; el uso de subterfugios lingüísticos para ocultar la verdad; la instrumentalización político partidista de las víctimas; la no apertura de los actores del conflicto a espacios de entendimiento; la dilatación del tiempo destinado a la consecución de acuerdos y avances.

<sup>5</sup> Desde la violencia de ETA. Un 44 % del total de crímenes cometidos por la organización terrorista ETA han quedado sin resolución judicial La documentación manejada para la elaboración del informe realizado a petición del Gobierno vasco eleva hasta 849 el número de asesinatos perpetrados por ETA y sus grupos afines. FONSECA C., GARRO CARRERA, E; MARTÍN PALLÍN J.A. RODRÍGUEZ URIBES, J.M. (2013). *Informe sobre la situación procesal de los atentados perpetrados por organizaciones terroristas con resultado de muerte entre 1960 y 2014. Caso vasco*. Secretaría de Paz y Convivencia del Gobierno Vasco. Desde la violencia del Estado y otros grupos. Apenas existen datos oficiales sobre el estado de las causas instruidas por atentados mortales cometidos por organizaciones distintas a ETA. Las únicas referencias son el “Informe sobre Víctimas del Terrorismo practicado por grupos incontrolados, de extrema derecha y el GAL desde 1975”, redactado por la Dirección de Atención a Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco en 2008 a petición del Parlamento Vasco (Pleno del 5 de octubre de 2007), y el “Informe sobre Víctimas de Vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la Violencia de Motivación Política”, también del Gobierno Vasco, elaborado igualmente en cumplimiento de la misma resolución parlamentaria. FONSECA C., GARRO CARRERA, E; MARTÍN PALLÍN J.A. RODRÍGUEZ URIBES, J.M. (2013, p. 14).

<sup>6</sup> VARONA G., (2015). *El derecho a la memoria de las víctimas del terrorismo*. IVAC. Gobierno Vasco.

<sup>7</sup> Ver RD 671/2013 de 6 de septiembre, Informe elaborado por la Dirección General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo del Ministerio del Interior, entregado al Defensor del Pueblo el 17 de diciembre de 2015, págs. 1-2.; DEFENSOR DEL PUEBLO, (2016). *Estudio sobre las víctimas de eta. Su situación actual*. Defensor del Pueblo. Madrid. En la anterior Legislatura, el Gobierno Vasco aprobó y puso en marcha un decreto para el reconocimiento y reparación de víctimas de abuso policial entre los años, 1960 y 1978. Este decreto contó con un amplio y plural consenso parlamentario, su gestión se ha desarrollado en esta legislatura y ha permitido reparar a 187 víctimas (239 peticiones).

En este equilibrio aparece una intervención clave: la gestión del gobierno de la política penitenciaria a través del ministerio del interior. Y, con ello, surgen cuestiones que necesitan respuesta: ¿qué política penitenciaria se está aplicando?, ¿con qué criterios?, ¿qué razones, de las que se ha utilizado y utiliza el gobierno, no han perdido su capacidad fundamentadora, ahora que ETA ha dejado de matar y que la mayoría de sus miembros en prisión -73%-<sup>8</sup> han decidido acogerse a la legalidad penitenciaria?. De tal forma que, si la fundamentación por excelencia ha sido no sólo la seguridad o el riesgo de mantener la actividad violenta (pertenencia al grupo armado), sino también la ausencia de auto reflexión individual sobre el daño causado y el reconocimiento de las víctimas, y en este momento, estas fundamentaciones no parecen tener base, ¿se podría afirmar, en sentido contrario, la existencia de una política basada en la concepción del preso de ETA, como sujeto a castigar en la búsqueda del cumplimiento íntegro de la pena en régimen ordinario o cerrado -retribución/vindicación-, como la más plausible? A contestar estas preguntas están dedicados los siguientes epígrafes. Estos cuentan con la limitación de que en esta materia apenas existen fuentes bibliográficas, y que la mayoría de las reflexiones han de hacerse desde las resoluciones judiciales dictadas en el ámbito de la ejecución penal, así como desde el conocimiento de la mecánica penitenciaria desde el contacto con presos, sus abogados y jueces.

Con todo, no cabe duda que la existencia de ETA es una dificultad, no sólo para la pacificación social, sino también para el cambio de políticas penitenciarias del gobierno<sup>9</sup>. También lo es, el mantenimiento personal de los presos en posiciones justificativas de la violencia - ya sólo el 18% de los presos no aceptan ni reconocen la legalidad penitenciaria como vía de reinserción social-<sup>10</sup>, así como los 324 asesinatos sin resolver de los 829 realizados por la organización terrorista<sup>11</sup>. Esta situación deja a las víctimas sin la necesaria satisfacción de la justicia y, de su mano, la presión social, política y jurídica para el mantenimiento de los presos sin progresiones de grado o medidas de excarcelación, se mantiene. Ayudaría a los objetivos mencionados la toma de conciencia de quienes han ejercido violencia, o la han amparado y justificado y, por ende, la asunción de responsabilidad personal y colectiva. Intuimos de la complejidad y lentitud de los procesos personales e institucionales. Sabemos de la enorme dificultad de apertura personal a la responsabilidad personal por matar o dañar. Pero colaborar con la verdad desde el reconocimiento del daño es un objetivo en sí mismo reparador, no sólo personal, sino también colectivo. Para ello, y en otro dirección, no podemos obviar la importancia que tendría desde un punto de vista ético y jurídico el reconocimiento por parte del Estado de la violencia ejercida en la gestión del terrorismo, ilegítima, en busca de la eficacia, y que podría materializarse en el reconocimiento de todas las víctimas como “víctimas de vulneraciones de derechos humanos” que equiparase en derechos, aunque fuesen de distinto origen y significado<sup>12</sup>, las de terrorismo y las causadas por el estado, para que pudiesen tener respaldo político y jurídico en el

---

<sup>8</sup> ORMAZABAL, M., Diario El País, de 3 de julio de 2017.

<sup>9</sup> Posiblemente, la no disolución se debe a la necesidad de ser un actor sociopolítico y de justificar consciente o inconscientemente el terrible daño que han causado y la necesidad de dar apoyo colectivo a los presos, así como el intento de evitar que el gobierno no pase un “rodillo” que aniquile absolutamente las razones de su existencia política y la dignidad de las personas, desde la teoría de vencedores y vencidos. Quizás no quieran otorgar al Estado una “patente de corso” que les llevaría a sentirse humillados.

<sup>10</sup> Desde julio de 2017, existe una subdivisión aceptada por el colectivo denominado EPPK (colectivo de presas y presos políticos vascos). Unos, el 73% de los presos, se acogen a las vías legales de reinserción. ORMAZABAL M., *El 73% de los presos de ETA acepta acogerse a las vías legales para lograr su excarcelación*. Diario El país de 3 de julio de 2017. El límite impuesto es el no arrepentimiento colectivo desde claves políticas y la delación.

<sup>11</sup> ARTETA, I., *Contra la impunidad*. 2016. Filmaffinity. Documental.

<sup>12</sup> “Los damnificados de los GAL fueron propiciados por las denominadas “cloacas del ministerio del Interior” y para el Estado de Derecho eran víctimas de un delito y, por tanto, los delincuentes fueron perseguidos. Mientras, matar a las víctimas era para ETA una acción heroica. Eso es tener una significación política diferente. Cualquier razón por la que haya sido asesinado alguien tiene la misma importancia moral”. REYES MATE, <http://www.elcorreo.com/alava/politica/201611/28/fracturo-sociedad-vasca-dano-20161125184848.html>

reconocimiento de la verdad<sup>13</sup>.

## 2. Criterios de aplicación de la ley penitenciaria para personas presas en el ámbito del terrorismo de ETA

### 2.1. La política penitenciaria

La política penitenciaria con las personas presas por delitos vinculados con el terrorismo de ETA puede ser calificada de excepción<sup>14</sup>. El gobierno aplica criterios penitenciarios que ponen en duda la interpretación adecuada de la legalidad penitenciaria: políticas de dispersión de presos en cárceles alejadas de su comunidades autónomas, limitación en las comunicaciones, permisos denegados a personas que han rechazado la violencia, de los cuales, algunos tienen que ser posteriormente concedidos por la Audiencia Nacional, y exigencia, en algunas situaciones de la delación para la aplicación del régimen abierto o del régimen mixto de régimen ordinario y abierto -art.100.2 RP-(Auto Audiencia Nacional 22.4.2015<sup>15</sup>). Esta situación puede tener su fundamento en los siguientes motivos:

a) La no desaparición de ETA dificulta la aplicación de la legislación penitenciaria sin criterios de excepción. Esta es una justificación adecuada del gobierno. ETA, quizás no se disuelva, porque necesita protagonismo político y social que le permita justificar su pasado violento. En todo caso, es muy importante un paso preliminar: su desarme real<sup>16</sup>. En este sentido,

<sup>13</sup> La violencia de ETA, los terribles e irreparables daños causados, el impacto de ello en la sociedad, provoca que una buena parte de esta sienta que hay un único culpable y responsable: ETA y su entorno político y social. La ausencia de reconocimiento del daño causado por esta organización y la indolencia en sus posicionamientos, dificulta que los ciudadanos empaticen con las víctimas que el Estado y otros grupos generaron en la lucha contra el terrorismo. Se hace necesario, pues, un esfuerzo institucional y público en el reconocimiento del daño. Asimismo, la negación de la existencia de torturas por parte de la intervención del Estado en la gestión policial del terrorismo puede estar dificultando la apertura al reconocimiento del daño a determinadas posiciones políticas nacionalistas. Se está desarrollando un Proyecto de Investigación sobre la tortura en Euskadi entre 1960 y 2013, encargado en marzo de 2014 por la Secretaría General para la Paz y la Convivencia. Están participando más de 40 profesionales de la salud y expertos en derechos humanos. En la primera entrega, se analizaron 202 alegaciones de tortura. El objeto principal de investigación es el referente al grado de credibilidad que fue medido de manera combinada por distintos expertos psicólogos, psiquiatras, médicos y médicos forenses. La base de la evaluación de credibilidad ha sido la exploración psicológica/psiquiátrica, no tanto en cuanto a búsqueda de secuelas (exploración clínica, test psicométricos) sino al examen de consistencia de las diferentes áreas de exploración (tal y como indica que debe hacerse el Protocolo de Estambul) - <http://ctxt.es/es/20160706/Politica/7024/gobierno-vasco-Francisco-Etxeberria-tortura-policia-nacional-guardia-civil.htm>-. Por último, tampoco ayuda el mantenimiento de las políticas penales y penitenciarias de excepción estudiadas.

<sup>14</sup> Hay que señalar que el control de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias sobre estos presos es absoluta, las juntas de tratamiento de cada centro penitenciario no tienen ninguna capacidad autónoma de decisión en estas materias. La permanencia en el régimen FIES-2. Bandas armadas, cuyo régimen de vida conlleva que estos presos se encuentren absolutamente controlados desde la intervención de las comunicaciones.

<sup>15</sup> En este auto se desestima el recurso de la defensa del penado Pedro José Pikabea porque a pesar de haber abandonado la organización terrorista, de haber asumido la responsabilidad del daño causado, de haber participado en encuentros restaurativos con víctimas, no constaba la colaboración con las autoridades.

<sup>16</sup> El desarme es un tema controvertido. Al parecer, el 7 de abril de 2017, ETA anunció su desarme definitivo. Una Comisión internacional entregará la documentación y ubicación de los zulos. No obstante, desde las políticas de vencedores y vencidos, el Estado -Gobierno del Partido Popular- no quieren dar a la organización terrorista ningún protagonismo nacional ni internacional en la gestión de un proceso de paz. Una vez vencidos, es el estado quien quiere "arrebatarles" las armas. En este contexto de bloqueo en una materia tan sensible para la sociedad y para la política vasca, el Gobierno Vasco considera que ha llegado la hora de poner encima de la mesa un planteamiento claro. La siguiente es su "propuesta de procedimiento para un desarme rápido, viable y efectivo, basado en un gesto unilateral de ETA ante la sociedad vasca, y con cobertura social, internacional e institucional". Secretaría General de Paz y Convivencia. Gobierno Vasco. (2014, p. 257). *Clarificación del pasado. Propuesta de procedimiento para un*

las últimas informaciones de que ETA podría seguir siendo peligrosa datan de 2012, momento en el la fiscalía de París realizó tal afirmación. La seguridad no parece pues ser un argumento para las políticas penitenciarias.

b) Puede existir un espíritu de venganza, camuflado de retribucionismo, que se ha adueñado de la opinión pública y de las políticas gubernamentales desde la presión e influencia mediática de determinadas asociaciones de víctimas. La gravedad del daño ha sido tan intensa, que quien asesinó o delinquiró vinculado a ETA, ha de “pagar” por ello. Esta es la posición que mantiene en la beligerancia jurídica a determinadas asociaciones de víctimas –AVT, COVITE- en la exigencia a la administración penitenciaria de una ejecución estricta y retributiva desde dos premisas: los presos han de colaborar delatando para esclarecer todos los asesinatos, y son sujetos –“no personas”- a castigar en cumplimiento íntegro de las penas negándoles la capacidad y posibilidad de reinserción. La presión, en este sentido, es tal que se impide a los presos que han abandonado la organización terrorista y que salen de permiso que, a pesar de haberse manifestado a favor de la paz, hagan declaraciones públicas. Así ocurrió a Urrosolo Sistiaga, al que la Administración penitenciaria le sancionó por su participación en un programa de la cadena SER, durante un permiso penitenciario, en el que mostró públicamente su rechazo a la violencia y la asunción de responsabilidad por los asesinatos cometidos. El juzgado central de menores (con funciones de vigilancia penitenciaria), anuló la sanción impuesta<sup>17</sup>.

c) La existencia de más de 300 casos sin resolver<sup>18</sup>, esto es, sin que las víctimas tengan posibilidad de conocer la verdad de lo ocurrido ni la identidad de los autores de los crímenes, mantiene la tensión retributiva en la ejecución penitenciaria.

d) La política penitenciaria del ministerio del interior puede tener un sesgo ideológico. La sociedad democrática ha ganado la batalla al terrorismo de corte nacionalista (vencedores/vencidos). A pesar de los gravísimos delitos cometidos por los GAL, de la violencia policial en la compleja gestión del fenómeno terrorista, y del acoso a la banda por parte de grupos parapoliciales en mayor o menor connivencia con determinados cargos públicos al margen de la legalidad<sup>19</sup>, ETA ha sido derrotada gracias al pulso realizado por la sociedad civil, por las Fuerzas de Seguridad del Estado y por la aplicación de la ley a través de los jueces y de los representantes políticos. El fundamento de este paradigma es que ETA es un grupo criminal y, como tal, ha de ser tratado. No hubo contienda alguna entre dos partes; hubo una organización que perseguía el terror con finalidades de independencia nacionalista, y una población que lo sufría<sup>20</sup>. Por tanto, se trata de deslegitimar en profundidad el terrorismo de ETA, y, junto a él, el proyecto nacionalista que lo inspiró: un proyecto identitario que se fundamentó en dar prioridad a los derechos colectivos frente a los individuales. Según este paradigma, seguido por algunos intelectuales<sup>21</sup>,

---

*desarme rápido, viable y efectivo, basado en un gesto unilateral de ETA ante la sociedad vasca, y con cobertura social, internacional e institucional.* 21 de diciembre.

<sup>17</sup> El auto del Juzgado de Vigilancia penitenciaria de la Audiencia Nacional suspendió los permisos de salida a instancias de la administración penitenciaria; esta inició un procedimiento sancionador por la participación en un programa de radio en el que se “enalteció el terrorismo y se despreciaba a las víctimas”. Sin embargo el preso Urrosolo Sistiaga compartió el espacio radiofónico con una víctima del terrorismo y declaró públicamente su arrepentimiento. La audiencia Nacional estimó el recurso del preso y anuló la sanción impuesta por el Juzgado de Vigilancia. Ver información completa en Cadenaser.com. Juzgado central de menores con funciones de Vigilancia penitenciaria de Auto de 18 de noviembre de 2014.

<sup>18</sup> ARTETA, I., *Contra la impunidad*. Documental.

<sup>19</sup> BARABONA DE BRITO, ALEXANDRA, AGUILAR FERNÁNDEZ, PALOMA Y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, CARMEN (Eds.), (2002, p. 161). *Las políticas hacia el pasado: Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Ediciones Istmo, S.A.

<sup>20</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO, (2016, p. 7).

<sup>21</sup> ARTETA, A., (2007), “¿Qué víctimas?, ¿Qué justicia?”, en AAVV, *Las víctimas del terrorismo en el discurso político*. Dilex, Madrid.

ETA ha generado un "ventajismo" político que ha dejado en desigualdad a otras fuerzas políticas. Esta posición ideológica apenas tiene influencia en las políticas penitenciarias.

a. En materia de ubicación del centro penitenciario. La política de dispersión

Es una política planificada y dirigida desde el Ministerio del Interior desde finales del siglo pasado. Un dato significativo: en la CCAA de Madrid cumplen condena 14.569 personas con domicilio en esta Comunidad, y 1.418, aún siendo de ésta, lo hacen en cárceles fuera de ella. Respecto del País Vasco, en sus cárceles cumplen condena 799 personas con domicilio en él y 824 fuera<sup>22</sup>. Aún siendo vascos, lo hacen en cárceles alejadas de esa comunidad Autónoma. Es decir, más de la mitad, está ubicados en cárceles fuera de su domicilio.

El objetivo de la administración es evitar una excesiva concentración de persona de la misma organización en un mismo centro penitenciario cuando ello puede servir para el control de sus miembros. Así mismo, esta política de dispersión se inició con el objetivo de romper lazos no sólo de los presos, sino de estos con asociaciones o colectivos afines situados en la órbita de su actuación y sometidos a su control, con el fin de facilitar un período de reflexión interna que les pudiese llevar al abandono de aquella (Auto AN 841/2015 de 29 de octubre).

En la actualidad la actividad delictiva de la organización terrorista ha cesado, pero la organización no se ha disuelto. Podemos distinguir, de forma genérica, tres grupos de presos en función del reconocimiento del daño y de las víctimas. El primero que, desde hace 7 años, expresó la responsabilidad por el daño causado y el reconocimiento a las víctimas, aunque su proceso reflexivo comenzó años atrás; estos fueron acercados a cárceles del País Vasco o próximas a él (colectivo de la denominada "vía Nanclares"). Un segundo grupo, el mayoritario, respecto del que se mantiene la dispersión. En este, desde julio de 2017, existe una subdivisión aceptada por el colectivo denominado EPPK (colectivo de presas y presos políticos vascos). Unos, el 73% de los presos, se acogen a las vías legales de reinserción <sup>23</sup>, lo que supone, necesariamente, que quienes apuesten por la solicitud de permisos penitenciarios o progresiones a régimen abierto o libertad condicional, han de reconocer el daño causado a las víctimas asumiendo su responsabilidad personal. Otros, el 18 %, no quieren realizar reflexión autocrítica de su pasado delictivo.

La cuestión a plantear es si se deben mantener las razones que fundamentan la dispersión o, debido a las circunstancias concretas, esta política específica ha de desaparecer. Los argumentos oficiales que fundamentan su permanencia son tres: a) permitir un espacio auto reflexivo sin presión del colectivo para favorecer la reinserción a través de la asunción de la responsabilidad del daño y del reconocimiento de las víctimas; b) posible atentado a la dignidad de las víctimas si viviesen en instituciones cercanas; c) posibilidad de afectación del derecho a la seguridad de los funcionarios de prisiones que fueron un objetivo de la organización terrorista (Auto AN 841/2015 de 29 de octubre).

En mi opinión, parece evidente que la política de dispersión debería desaparecer para aquellos que han decidido acogerse a las vías legales de reinserción social, toda vez que la reflexión sobre la responsabilidad del daño se manifiesta en el acogimiento a la legalidad penitenciaria y sus requisitos, dejando sin contenido la finalidad de las políticas de dispersión. Por otro lado, no es razón suficiente el atentado a la dignidad de las víctimas por encontrarse en cárceles cercanas a sus domicilios, ni tampoco la afectación a la seguridad cuando ha quedado acreditada el desarme de la organización.

---

<sup>22</sup> Datos oficiales ofrecidos por la SGIP en febrero de 2017 a petición del senado

<sup>23</sup> ORMAZABAL M., op. cit.



Para el resto de presos (18%) que rechaza todo tipo de reflexión autocrítica, ¿siguen manteniéndose vigentes y eficaces los objetivos con los que comenzó la política de dispersión, o han de desaparecer? Algunas razones que pueden fundamentar su desaparición:

a) Consideraciones en el ámbito constitucional: El cumplimiento de las penas privativas de libertad debe estar orientado a la reeducación y a la reinserción social de los penados (arts. 25 CE y 1 LOGP)<sup>24</sup>. Para la observancia de esta consideración, el precepto constitucional resocializador mantiene una doble exigencia. Por un lado, el favorecimiento del contacto activo recluso-sociedad, que exige a la Administración penitenciaria el inicio de un proceso de integración social del recluso a través del mantenimiento/potenciación de los vínculos sociales -familiares, amigos, comunidad social- que tenga el ciudadano antes del ingreso en la cárcel. Por otro, la necesidad de evitar el desarraigo social que entorpezca el proceso de integración social y de recuperación personal. Sin duda, la reinserción social “constituye un principio de actuación del derecho penal (...) que se erige como límite de su actuación en la ejecución de la pena para evitar sea utilizado para causar más daño a la persona que el derivado de su privación de libertad y que desatienda a las necesidades del interno. (...) obliga al legislador y aplicador del derecho a diseñar una política penitenciaria y a la interpretación de la misma, respectivamente, que tenga en cuenta que el interno deberá retornar a la libertad y no deberá ser aislado del contexto social, lo que satisfaría la reinserción” (STS 1667/1998, de 28 diciembre). Por tanto, a consecuencia del principio de reinserción el recluso tiene derecho a que los tribunales le amparen para garantizar que cumple la pena en un centro penitenciario lo más próximo posible a su domicilio familiar.

b) Consideraciones en el ámbito de la legislación penitenciaria: El legislador realiza un esfuerzo en la redacción de la ley penitenciaria para que las personas sean destinadas a cumplir su condena a cárceles situadas dentro de sus provincias<sup>25</sup>. Sin duda, el alejamiento supone una aflicción añadida a la privación de libertad, incrementa la soledad y el aislamiento propios de la reclusión. Por ello, cualquier intervención de la Administración que afecte a los derechos o intereses legítimos del recluso debe contar con una mínima, pero precisa, cobertura legal<sup>26</sup>. La ley contempla la suspensión de derechos para los condenados por delitos de terrorismo -aunque se prevé la suspensión de los derechos a la libertad física, domiciliaria y de las comunicaciones en supuestos de delitos de terrorismo únicamente en la investigación- (voto particular magistrado Sáez Valcárcel en el Auto sala primera. Audiencia Nacional, núm. 841/2015 de 29 de octubre).

c) El alejamiento añade un plus de aflicción a la condena porque esta se caracteriza, en el caso de los condenados por delitos de criminalidad terrorista, por el sometimiento a régimen cerrado, la intervención de las comunicaciones y la ausencia de permisos de salida.

---

<sup>24</sup> En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado que aunque este principio “no constituya un derecho fundamental (ello) no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones (...) dirigidos (...) a garantizar dicha orientación resocializadora, o, al menos, no desocializadora” (STC 112/1996, a propósito de los permisos de salida).

<sup>25</sup> Arts. 12.1 LOGP y 9 RP: «la política de redistribución geográfica de los penados debe estar encaminada a evitar el desarraigo social de los mismos, procurando que las áreas territoriales coincidan, en la medida de lo posible, con el mapa del Estado de las Autonomías, dedicándose a los penados de cada área, la totalidad de la capacidad de los centros de cumplimiento que en la misma se ubiquen y procurando que cada área cuente con el número suficiente de establecimientos para satisfacer las necesidades penitenciarias». Por otro lado, la muestra de la intensa preocupación del legislador por la evitación del desarraigo de los penados es la indicación que se hace al Centro Directivo (DGIP) para que «disponga de departamentos específicos para programas relativos a drogodependencias ubicados en diferentes áreas geográficas para evitar, en lo posible, el desarraigo social de los internos que sigan programa en ellos» (art. 116.3 RP).

<sup>26</sup> Así lo ha entendido el Tribunal Europeo de derechos humanos respecto a cualquier restricción del derecho del recluso al respeto de su vida privada y familiar, que solo puede ser aplicada de conformidad con la ley (Sentencia Vintman contra Ucrania, de 23.10.2014, párrafo 84, en adelante STEDH).

d) Aparecen gravosas consecuencias para las familias que se ven obligadas a realizar durante años, las condenas son rigurosas, largos desplazamientos, con su coste en tiempo y dinero, para disfrutar de un breve encuentro con la persona condenada. Han sido varios los accidentes con muertes en la carretera que han sufrido los familiares al trasladarse a las cárceles.

e) La dispersión tiene un efecto simbólico de pulso represivo en defensa de la memoria de las víctimas frente a quienes delinquieron. Atiende a la máxima: Honrar a las víctimas exige deshonar a los verdugos<sup>27</sup>. Esta posición no tiene ningún fundamento político criminal ni legal para mantener la dispersión.

f) Trasladar a los presos por terrorismo a las prisiones del País Vasco, Navarra y alrededores (Burgos, Cantabria) podría tener beneficios, pues los presos estarían cerca de sus familias, amistades y demás entorno social, de forma que la resocialización de los mismos sería mucho más asequible, en el sentido de que las personas liberadas podrían contrastar las creencias que sostuvieron la violencia, con la realidad social actual. Un argumento en contra se arguye en los siguientes términos: el acercamiento al domicilio familiar podría “impedir” el derecho de los internos a su resocialización si los parientes y amigos tienen o han tenido relación con la organización terrorista”. En esta formulación parece latir aquí una noción de reeducación y reinserción social que la Administración podría imponer en ejecución de su política criminal contra la voluntad del condenado<sup>28</sup>. El distanciamiento de los presos de sus familias y de su lugar de residencia no puede contemplarse como una medida de tratamiento, porque es una imposición, una aflicción añadida a la privación de libertad, siendo sus consecuencias el agravamiento de la desocialización, dificultando, a veces de manera irreversible, las relaciones familiares. La corrección moral de las personas presas no deberían ser compatibles con el Estado derecho porque no respetan a la persona humana, ni la autonomía de su conciencia; el recluso tiene derecho a la libertad ideológica y de conciencia (artículo 16 de la Constitución), a pensar de manera diferente, a ser él mismo y a seguir siendo como es, en lo que a su conciencia se refiere, no en balde los derechos de libertad son derechos a la diferencia (voto particular magistrado Sáez Valcárcel en el Auto de la sala primera de la Audiencia Nacional, núm 841/2015 de 29 de octubre)<sup>29</sup>.

g) La pertenencia a ETA, una organización terrorista sin capacidad operativa, no supone peligro, más cuando la mayoría de los presos que quedan en las cárceles han optado libremente por acogerse a las vías legales de reinserción. Por tanto, la finalidad de la política de dispersión basada en facilitar la auto reflexión parece que deja de tener fundamento, pues ya no es la mayoría quien puede ejercer influencia sobre los individuos para que se mantengan en la justificación de la violencia, sino la contraria.

---

<sup>27</sup> ARTETA A., (2007, p. 96). “¿Qué víctimas?, ¿Qué justicia?” en AAVV, *Las víctimas del terrorismo en el discurso político*, Dilex, Madrid.

<sup>28</sup> Una concepción constitucional de esas dos figuras que menciona el artículo 25.2, según pautas que han elaborado la jurisprudencia constitucional y ordinaria y la doctrina, obliga a entender la reeducación como la obligación de la Administración de facilitar al recluso los medios necesarios para el desarrollo de su personalidad –alfabetización, estudios secundarios y universitarios, formación profesional, libros, espacios para la práctica de deportes y ocio-, y la reinserción social como un programa con dos vertientes, una de tratamiento que se dirige al condenado, que puede rechazar, para adquirir habilidades que le capaciten para vivir de manera digna en libertad respetando la legalidad, una vez cumplida la pena, y otra de mandato a los encargados de la ejecución penitenciaria para que minimicen los factores de desocialización y optimicen las posibilidades de contacto con el exterior, la familia y la sociedad.

<sup>29</sup> “El fin punitivo de la corrección coactiva resulta, desde esta perspectiva, jurídicamente inaceptable. Por otro lado, la generalización del régimen de alejamiento de sus domicilios de las personas condenadas por una misma categoría de delitos, algo que contraviene la debida individualización del tratamiento que exige el artículo 62 de la Ley general penitenciaria, obvia que, en ocasiones, la cercanía a la familia y a los amigos puede convertirse en un mecanismo de conexión con una realidad social cambiante que rechaza la violencia terrorista, lo que podría propiciar procesos de reflexión en clave de reconocimiento del daño causado a las víctimas”.

b. En materia de permisos

(i) Marco normativo y jurisprudencial

Según la Ley Penitenciaria el permiso tiene como finalidad esencial la preparación para la vida en libertad (art. 47.2 Ley Orgánica General Penitenciaria -LOGP- y art. 154 Reglamento penitenciario -RP). Este objetivo obliga a entender el permiso como un instrumento esencial para hacer efectivo la concreción legal del mandato constitucional que señala la reeducación y la reinserción social del penado como una de las finalidades de la pena privativa de libertad (art. 25 Constitución española -CE-) o, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Constitucional -STC- 19/1988, la «corrección y readaptación del penado, y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento...» (STC 112/1996, de 24-6; FJ. 4º)<sup>30</sup>. El permiso, pues, no es sólo el instrumento idóneo de preparación para la libertad, sino que es, además, un reconocimiento expreso de que la persona presa forma parte de la sociedad. Es también una apelación a que asuma en cierta manera los mínimos de responsabilidad personal y social a los que se refiere la ley penitenciaria<sup>31</sup>. Por tanto, la concesión del permiso tiene que ser la regla y no la excepción, para que a medida en que la pena se extingue, los estímulos y apoyos que acompañan al tratamiento y al esfuerzo de cada individuo para elaborar su proyecto nuevo de vida, sean una realidad (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid -AAP-, Sec. 5ª, 2974/2005, de 22 de octubre).

El marco legal para la concesión o denegación de permisos ofrece tres requisitos objetivos, que deben concurrir simultáneamente, así como pautas preestablecidas de valoración individual del caso para evitar quebrantamientos, reiteración delictiva u obstaculización del programa de tratamiento. A saber: a) tener extinguida la cuarta parte de la totalidad de la condena; b) no observar mala conducta; c) informe preceptivo del Equipo Técnico que, en todo caso, ha de ser motivado e individualizado, y que no deduzca que por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento (art. 156.1 RP). Por tanto, la concesión o denegación de permisos no es una potestad graciable de la Administración penitenciaria, porque su discrecionalidad está sometida a reglas precisas.

Dicho lo anterior, las resoluciones administrativas denegatorias de permisos no pueden ocultar exigencias ideológicas ni retribucionistas utilizando conceptos indeterminados. Han de seguir criterios estrictamente objetivos e individualizados impidiendo una actuación arbitraria de la Administración penitenciaria que vulnere el principio de legalidad reconocido constitucionalmente. En este sentido, la STC núm. 12/1996, de 24 de junio; F.J. 5º, reconoce «...que si la denegación de un permiso de salida guarda relación con la libertad, como valor superior del ordenamiento, para que las resoluciones judiciales que confirman dicha denegación puedan entenderse conformes con el derecho a la tutela judicial efectiva no es suficiente que se pueda deducir de las mismas los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión conforme al estándar

---

<sup>30</sup> Estas interpretaciones son conformes a los establecido en la Recomendación R(87)3 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987 al contener la regla 43.2 entre las establecidas para el tratamiento de los reclusos, la previsión de un sistema de permisos para posibilitar el contacto con el exterior, compatible con el objetivo del tratamiento. En el mismo sentido se manifiesta el art. 70.2 de las Normas Penitenciarias Europeas aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987 al disponer que los programas de tratamiento deberán incluir una disposición relativa a los permisos penitenciarios a los que se recurrirá todo lo posible por razones médicas, educativas, profesionales, familiares y otros motivos.

<sup>31</sup> "Constituyen, además, un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno y, con ello, al desarrollo de la personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que va a integrarse, e indican cuál es la evolución del penado" (STC 109/2000, de 5 mayo).

exigible para entender respetado dicho derecho, sino que será preciso que estén fundadas en criterios que resulten conformes con los principios legales y constitucionales a los que está orientado el permiso...» (STC 81/1997, de 22-4, FJ 4º y STC 2047/1999, de 8 de noviembre).

(ii) Criterios específicos de aplicación en los presos condenados por el terrorismo de ETA

En el ámbito de los presos condenados por terrorismo, la concesión de permisos por parte de la administración penitenciaria es inexistente. Esta política se entiende razonable para todos los presos que no reconocen la legalidad penitenciaria, aunque como hemos afirmado anteriormente, sólo el 18% ha decidido rechazarla. Más difícil de comprender es la denegación de permisos a quienes reconocen el daño y a las víctimas. En la práctica, son el juzgado central de vigilancia penitenciaria y la sala de lo penal de la Audiencia Nacional, quienes los conceden. La aplicación de excepción en esta materia se puede demostrar con algunos ejemplos:

La administración penitenciaria deniega los permisos de salida, incluso a quienes han abandonado la organización terrorista. No cabe duda que, a través de los permisos, el sistema penitenciario “debe ejemplificar la conducta y el comportamiento de condenados que intenten reintegrarse al orden jurídico, respetar las normas y reconocer a las víctimas, más si se trata de delitos muy graves y reconocer el esfuerzo rehabilitador, cuando es sincero y expresivo de una transformación» (Auto de la sala primera, Audiencia Nacional 688/2013, de 22 de octubre)<sup>32</sup>.

La administración penitenciaria pone trabas a la ejecución de los permisos autorizados por la autoridad judicial. Existen situaciones tal limitadoras que rozan la prevaricación. Si el Juzgado de Vigilancia estima el recurso de queja y concede el permiso pero el Ministerio Fiscal recurre el Auto, este recurso no tiene efectos suspensivos salvo que el Juzgado de Vigilancia así lo acuerde. Un ejemplo de la actuación obstaculizadora se encuentra en el Auto del Juzgado central de vigilancia penitenciaria de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2011<sup>33</sup>. En este caso, a pesar de que el auto de estimación del recurso por el que se concedía el permiso no establecía la suspensión del mismo hasta la resolución de la Audiencia Nacional por la interposición de recurso del fiscal, el centro penitenciario, por indicación de la administración penitenciaria -SGIP-, decidió suspender el permiso. Esta decisión administrativa está en el límite del delito de desobediencia a la autoridad y de prevaricación.

Se argumenta "la gravedad del delito", como única causa de denegación de los permisos, cuando este dato no aporta información útil en el momento final de la condena (Auto de Audiencia Nacional de 27 de julio de 2012; exp. 645/2003<sup>34</sup>). Este criterio es “una pauta que se desentiende del marco legal que regula la institución” (Auto de la Sala primera. Audiencia Nacional, núm. 799/2016, 11 de noviembre de 2016<sup>35</sup>). Este argumento también se utiliza de forma general para

<sup>32</sup> En este Auto se concede un permiso a quien perteneció a ETA, rechazó la violencia, había cumplido hondamente la mitad de la condena, y había participado en actividades de tratamiento consistentes en «discusión sobre terrorismo» y en encuentros restaurativos con alguna de las víctimas

<sup>33</sup> Este auto señala que «ante la imprecisión legislativa será el buen criterio del Juzgador el que decida al admitirlo a trámite sobre el efecto suspensivo o no, sin perjuicio de lo dispuesto en la modificación de la disposición adicional 5ª de la LOPJ, que introduce un nuevo apartado en el que se establece el efecto suspensivo del recurso contra resoluciones en materia de clasificación de penado sobre concesión de libertad condicional para evitar que en los casos de delitos graves una excarcelación inmediata haga ineficaz la resolución que en virtud del recurso de apelación pueda dictarse”.

<sup>34</sup> En este caso restaba tan solo cinco meses para la libertad definitiva y el permiso fue concedido.

<sup>35</sup> A pesar de las múltiples condenas por asesinatos ejecutados en el contexto de la organización terrorista ETA, los informes técnicos que constan en el expediente judicial penitenciario ponen de relieve que se ha adaptado a la normativa regimental y acepta las reglas establecidas para el funcionamiento del Centro. Las relaciones con los

delincuentes comunes en la práctica penitenciaria (ver, entre otros, Auto AAP Guipúzcoa, sec. 1ª 63/2008, de 31.3);

No se tiene en cuenta el principio constitucional de reinserción social y la necesidad de revertir el proceso de prisionización para personas que han pasado largos periodos en régimen cerrado. El permiso, "para quien pasa diez años en régimen cerrado, es una medida idónea para que el preso prepare su futura vida en libertad, y pueda comenzar a revertir las consecuencias de la prisionización" (Auto de la Sala Primera. Audiencia Nacional de 27 de julio de 2012. Exp. 645/2003). No se puede olvidar que la STC 115/2003, de 16 de junio, mantiene que el permiso de salida como medida individualizada de tratamiento penitenciario está dirigida a la reinserción social del penado con base constitucional en el art. 25 CE.

Se deniegan permisos por «pertenencia a una organización delictiva», cuando en ocasiones no se puede precisar en qué consiste la participación en la organización (Auto de la Sala Primera. Audiencia Nacional de 27 de julio de 2012. exp. 645/2003)<sup>36</sup>.

### c. En materia de comunicaciones

#### (i) Marco normativo y jurisprudencial

El derecho a comunicar viene garantizado en la Constitución Española no sólo como expresión del art. 18.3 CE, sino también y primordialmente del art. 25.2 CE, pues es este precepto el que constituye la norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos. Este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los presos y adquiere, por ello, una gran importancia en orden al cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Gracias a las comunicaciones el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y le permite relacionarse con el exterior. En definitiva, la comunicación posibilita la futura vida en libertad en el seno de la sociedad (STC 175/1997, de 27 de octubre). Es el medio para fomentar la vida familiar y las relaciones personales, neutralizar el aislamiento y las consecuencias de la prisionización, así como promover la resocialización (Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas, resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; regla 37). Es, así mismo, un derecho que el Tribunal Constitucional configuró como manifestación de la libertad.

Con todo, las comunicaciones entre parientes -ya sean las orales, -art. 42 RP-, o las familiares -art. 45 RP -, permiten mantener y fomentar los vínculos de afecto, apoyo y solidaridad del grupo familiar<sup>37</sup>, siendo esenciales para reducir los efectos de la prisionización. La diferencia entre

---

profesionales de la institución son correctas, no es un interno conflictivo, está destinado al módulo de respeto, colabora activamente en las labores de dicha unidad y realiza trabajos como auxiliar de limpieza del centro. No tiene sanciones y se le han concedido notas meritorias. Su comportamiento es bueno y su evolución positiva. No hay riesgo de quebrantamiento, que ni ha sido identificado por los técnicos de la Junta. Ni peligro de reiteración delictiva. Porque los datos objetivos lo desmienten, debido al cese definitivo de las actividades de la organización terrorista bajo cuya disciplina cometió sus delitos. Tampoco desde la perspectiva subjetiva en relación a los delitos por los que fue condenado: el interno rompió con la organización terrorista, abandonó el colectivo de presos, reconoció la responsabilidad por sus delitos, asumió el daño causado, pidió perdón a sus víctimas e intervino en procesos de justicia restaurativa. Ha prestado declaración en los procesos judiciales a los que fue llamado como testigo. Tiene 71 años y cuenta con apoyo familiar.

<sup>36</sup> Se concedió un permiso a quien la «pertenencia» se trataba de colaboración, es decir, de una relación no permanente; ello unido a que en el informe del educador del centro penitenciario señalaba que no existían datos de que se hubiere involucrado durante su larga estancia en prisión en «actividades terroristas o de proselitismo religioso».

<sup>37</sup> Así, el fundamento es la protección de la familia no sólo como uno de los principios rectores de la política social del Estado (art. 39 CE) sino como un derecho fundamental reconocido en la legalidad internacional (art. 16 de la declaración universal de derechos humanos y art. 23 de PIDCP) que señalan a la familia como elemento natural y

ambas modalidades de comunicación con familiares es que las denominadas de convivencia están destinadas a reclusos que no disfruten de permisos; tienen lugar en salas especiales. Estas visitas se concederán, previa solicitud, a los internos, con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad. Estas comunicaciones atienden a las relaciones de la familia adquirida, potenciando el encuentro de los progenitores con los hijos menores de 10 años.

Por otro lado, la LOGP establece que se concederá, una vez al mes como mínimo, una comunicación con familiares y allegados durante un tiempo determinado -una a tres horas- (art. 45.5 RP). Allegados no pueden ser todos los amigos, sino los especialmente cercanos, más aún si pensamos que la ley no habla de allegados, sino de allegados íntimos y es evidente que el Reglamento se refiere a éstos, pues el art. 45 RP desarrolla, al menos en parte, el art. 53 LOGP que se refiere a los inmediatamente próximos. Este vínculo no es posible con muchas personas, pero en todo caso le corresponde al preso decidir quienes pertenecen a ese reducido círculo al que pueden acceder personas nuevas y del que pueden salir otras. Esta decisión no puede ser censurada pues es propia del ámbito de sentimientos, pasiones, impulsos y aficiones de cada persona. Lo que sí puede pedirse de una persona es que haga creíbles sus manifestaciones y que por lo tanto presente una lista de allegados íntimos razonablemente reducida (AAAP Madrid, Secc. 5ª, 555/2010, de 20 de febrero y 553/2000, de 27 de abril entre otras muchas).

Por último hay que señalar que, las comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad, y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, del interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. En este sentido, el art. 51.5 LOGP permite al director del establecimiento la suspensión o intervención motivada de esas comunicaciones orales y escritas, con la obligación de dar cuenta a la autoridad judicial competente, ya fuere el juez de vigilancia o el órgano del que dependa el preso preventivo o detenido.

(ii) Criterios específicos de aplicación en los presos condenados por el terrorismo de ETA

En el ámbito de los presos por terrorismo de ETA, en materia de comunicaciones se refuerza una interpretación estricta de los términos legales, reduciendo su aplicación. El fundamento de estos criterios, que los distinguen de los utilizados con presos condenados por delitos comunes, es el control y la separación del penado de las personas vinculadas por las ideas a colectivos políticos cercanos a la organización terrorista o a una determinada ideología nacionalista. La aplicación que busca estos fines en esta materia se puede demostrar con algunos ejemplos:

Denegación de comunicaciones a quien no es pareja del recluso, rechazando otro vínculo familiar. Se realiza un trato diverso de la familia, a partir del mero dato de la formalidad del pacto, más cuando el ordenamiento jurídico establece diferentes posibilidades de reagrupación familiar (Auto de la sala Primera. Audiencia Nacional, núm. 91/2012 de 26 de marzo de 2012<sup>38</sup>).

---

fundamental de la sociedad, debiendo ser objeto de protección por la sociedad y el Estado.

<sup>38</sup> Se estima el recurso de un preso y autoriza a comunicar con la compañera sentimental de un hijo en calidad de nuera pues la pareja estaba inscrita en el registro de la Xunta de Galicia. La denegación de la comunicación se trata de un trato discriminatorio de la compañera estable de un hijo que no se justifica ni desde los fines del derecho a comunicar de los internos, ni desde las restricciones y límites a los que puede ser sometido para garantizar las necesidades de orden y seguridad de los establecimientos y de custodia de los internos.

Se impide la comunicación a amigos allegados por haber cumplido condena o por pertenecer a un partido político cercano. No es suficiente argumentar que la amiga con quien la interna pretende comunicar ha estado presa por terrorismo para denegar una comunicación, máxime si no se concreta el tipo de conducta por el que fue imputada, si fue absuelta o la causa fue sobreseída, que es la información mínima para ponderar el peligro invocado (Auto de la Sala Primera. Audiencia Nacional, núm. 83/2012, de 23 de marzo). En el mismo sentido, la prisión invoca para denegar la comunicación que el amigo formó parte de las candidaturas anuladas por el Tribunal Supremo (Auto de la Sala Primera. Audiencia Nacional, núm. 396/2012, de 16 de octubre). En situación análoga, no es suficiente argumento para denegar las comunicaciones con una persona que a pesar de haber sido absueltos en un proceso penal, habían sufrido medidas cautelares por la acusación de haber pertenecido a ETA (Auto de la sala Primera. Audiencia Nacional num. 499/2012, de 2 de diciembre).

Se deniegan las comunicaciones “vis a vis” íntimas a presos que se encuentran en distintas cárceles. Esta comunicación es un derecho y no, como argumentan algunos directores de prisiones, una «gracia» o «beneficio». La Constitución orienta la interpretación de las normas en clave de mayor eficacia de los derechos fundamentales. No es posible denegar una comunicación por la simple circunstancia de tratarse de presos destinados por la administración en cárceles situadas en distintas localidades. De ser así, para evitar estas comunicaciones bastaría trasladar a una persona presa a una cárcel alejada por razones genéricas de gestión de recursos para vaciar la posibilidad de ejercicio de un derecho. Por ello, suspender de manera universal el derecho a los cónyuges o parejas asimiladas de presos a la comunicación íntima bajo la excusa de la distancia entre cárceles, no resulta compatible con el respeto a los derechos de las personas condenadas (Auto de la Sala primera. Audiencia Nacional, núm. 253/2015 de 18 de mayo). Estas comunicaciones se deniegan, en ocasiones, a presos condenados por delitos comunes a pesar de los criterios de las Audiencias provinciales en sentido contrario (Auto AP Madrid, Secc. 5ª, 7171999 de 22.1. Auto AP Cádiz, secc. 1ª. 184/2006, de 18.12, entre otros).

En la organización de las comunicaciones se desatiende las situaciones específicas de cada de la familia. A modo de ejemplo, los fines de semana se rechazan comunicaciones de convivencia porque son los días destinados, según los centros penitenciarios, a las comunicaciones familiares e íntimas. Ello supone que, al tener que efectuarse el traslado durante la semana, los hijos pierdan días de escuela y el visitante adulto días de trabajo. Si a esta circunstancia se añade la enorme distancia entre el domicilio familiar y la cárcel de cumplimiento, que en algunos supuestos llega a alcanzar más de 1000 kilómetros, la medida administrativa es claramente ilegal (Auto de la Sala Primera. Audiencia Nacional núm. 276/2016, de 7 de abril de 2016<sup>39</sup>). En esto supuestos, no existe previsión sobre los horarios de estas visitas, frente a las comunicaciones orales que deberán señalarse preferentemente los fines de semana (art. 42 RP). Pero eso no significa que no deba individualizarse en atención a las circunstancias de la familia.

En otros supuestos, las comunicaciones se deniegan argumentando que dos cónyuges presos no pueden comunicar en la misma sala, además, por tener la comunicación intervenida. En estos

---

<sup>39</sup> Este es el caso paradigmático para comprobar si el régimen de vida resulta o no afectado por el alejamiento. A tal fin debemos acoger la pretensión del penado para compatibilizar al máximo el alejamiento acordado por la Administración penitenciaria, y la consiguiente larga distancia de su domicilio familiar, con su derecho a relacionarse y comunicar con su hijo junto a su cónyuge en visitas de convivencia, y para ello acordar que deberán desarrollarse en sábado, el mismo día que las comunicaciones íntimas y familiares, para minimizar el impacto sobre las actividades laborales y escolares de la madre y del menor. Ahora deben recorrer los mil kilómetros para llegar al Centro, permanecer dos días en el destino para acceder a la prisión el viernes por la tarde y el sábado, y regresar por el mismo trayecto. Al acumular todas las comunicaciones el sábado, la esposa y el hijo menor pueden viajar el viernes y regresar el sábado por la noche o el domingo, lo que les evita permanecer un día en Huelva y perder otra jornada laboral y lectiva.

supuestos, no existe inconveniente alguno para que los dos cónyuges presos compartan la comunicación familiar del art. 45.5 RP, pues, “tampoco supone un problema desde la perspectiva de la intervención de las comunicaciones acordadas respecto a ambos, ya que la presencia en el mismo espacio de una persona más no significa merma de la “eficacia y eficiencia” de la injerencia. No se mencionan razones de orden o de seguridad que podrían determinar una limitación o restricción de dichas comunicaciones conjuntas. Ha de advertirse la importancia estratégica de las comunicaciones familiares o especiales, porque van dirigidas a los condenados que no salen de permiso y les permite un contacto personal más intenso con expresión de los afectos -que requieren de contacto físico-” (Auto de la sala Primera. Audiencia Nacional, núm. 36/2016 de 12 de Enero de 2016<sup>40</sup>).

Se impide la introducción de determinados objetos para el juego con los hijos menores con fundamento en la peligrosidad (Auto Sala de lo penal AN núm. 275/16, 7 de abril de 2016<sup>41</sup>). La seguridad del establecimiento no puede convertirse en un fin que haga imposible la humanización de las comunicaciones en el interior de la prisión. La Instrucción 4/2005 de Instituciones Penitenciarias prevé en su regla 3.1-e que en los locales destinados a las comunicaciones de convivencia se instalen juegos infantiles, una señal de su importancia para hacer confortable el lugar.

Las llamadas telefónicas se suspenden por razones que no ponen objetivamente en peligro ni el orden ni la seguridad del centro penitenciario (Auto de la Sala Primera. Audiencia Nacional, núm. 804/2015 de 27 de octubre<sup>42</sup>). La finalidad de las intervenciones/restricciones de las comunicaciones es garantizar la seguridad del centro, uno de los fines que señala la ley. Sin

---

<sup>40</sup> “El auto impugnado argumentar que la intervención de las comunicaciones del recurrente, y de su esposa, es individual. Pero ese rasgo es común a toda restricción de derechos, por imperativo constitucional. De ahí solo se sigue que la injerencia estatal ha de atender a las circunstancias personales del recluso y no puede afectar a un grupo de personas. La debida individualización de la injerencia en el secreto de las comunicaciones no significa que “debe comunicar en locutorios individualmente” y no puedan comunicarse con sus familiares en la modalidad de encuentros los dos cónyuges en el mismo acto”

<sup>41</sup> Se estima el recurso de un preso en la siguiente situación: “se le denegó en las comunicaciones de convivencia con el hijo de un año introducir una pelota de goma porque es “uno de los medios más utilizados para burlar la intervención de las comunicaciones y trasladar información, es la utilización de papeles o documentos escritos o susceptibles de ser escritos” por lo que debe “efectuarse un control absoluto sobre los objetos que pudieran ser portados durante la realización de las comunicaciones” y para ese fin “se ha prohibido que los internos sometidos a intervención de las comunicaciones puedan ser portadores de objetos tales como termos, pelotas, etc”. El auto referido señaló que “parece razonable que la comunicación de un padre, privado de libertad, con su hijo menor se debería realizar en las mejores condiciones para facilitar ese contacto, todo ello en interés del menor. Si una pequeña pelota de goma es un juguete que cumple un papel importante en la relación padre e hijo (una pelota adecuada para un niño de 2 años) y carece de peligrosidad, debe poder disponerse de ella en las comunicaciones de convivencia con los menores. Para evitar cualquier riesgo su adquisición puede hacerse en el economato, se garantiza así que no haya manipulación. Respecto a su conservación, como es un pequeño objeto, o se permite que el padre la conserve en su celda o se le entrega al menor para que la lleve consigo como recuerdo del encuentro. No es tan difícil humanizar los espacios para permitir una relación de una mínima calidad entre padre preso e hijo menor.

<sup>42</sup> Se estima un recurso ante la denegación de la autorización a llamadas telefónicas a una persona porque en la última conversación “se detectó que se utilizaban las llamadas a dicho número para la realización de proclamas de lucha y para la participación de la interna (en) un congreso de la mujer bolivariana (de Venezuela, apuntaba el informe) lo que puso de manifiesto el mal uso de la autorización del referido número telefónico y la existencia de un riesgo contra la seguridad del establecimiento” (la orden de suspensión de la autorización carecía de motivación, más allá de la mención a “razones de seguridad”). El auto señala que “Ignoramos qué palabras o frases fueron recibidas como “un mal uso de la autorización”, ni lo que se entiende por “lucha”, ni siquiera su conexión con el objeto de la condena que cumple la recurrente. Al parecer la “lucha” tendría que ver con un congreso sobre la mujer; nada sabemos, tampoco, de sus contenidos, ni de la forma en que la interna iba a “participar” en él, a celebrarse, suponemos, en Venezuela. Tampoco se nos explica en qué medida podía comprometer dicha conversación la seguridad del establecimiento.



embargo, no basta con invocar dicho objetivo para legitimar el acto administrativo, ni puede confundirse la seguridad con la simple incorrección política o ética del contenido de una conversación. Tiene que existir la manera de someter el acto administrativo de injerencia en el derecho a comunicar telefónicamente con familiares y amigos a los estándares del control jurisdiccional, que son los que provee la técnica del principio de proporcionalidad. Ha de quedar acreditado que la resolución administrativa es adecuada para garantizar la seguridad, y que resulta imprescindible (criterio de la necesidad), así como que el beneficio para los valores y bienes públicos (seguridad de la prisión) fuese superior al sacrificio de los derechos e intereses de la reclusa. Esta situación también ocurre con presos comunes que han dado lugar a un importante desarrollo jurisprudencial del tribunal Constitucional (STC 106/2001, de 23.4, STC 192/2002, de 28.10; entre otras).

d. En materia de recuentos

(i) Marco normativo

La LOGP, en su art. 23, establece que los recuentos se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y «dentro del respeto a la dignidad de la persona». En los que se realizan dentro de las celdas, no es necesario ponerse de pie, con estar sentado es suficiente. Ni la Ley ni el Reglamento establecen tal exigencia. Desde el siglo pasado, las resoluciones judiciales así lo afirmaban; lo único exigible es que no se frustre la finalidad del recuento ni se adopten posturas que supongan una falta de respeto al funcionario que realice la diligencia (AAAJVP Ciudad Real, de 29-11-1990 y de 16-8-1990; AAAJVP Las Palmas, de 18-6-1994 y de 1-8-1994)<sup>43</sup>. «Se exige que esté perfectamente visible para verificar su presencia y su identidad...que el preso se levante y mantenga de pie durante el recuento no está al servicio de dicho mecanismo de control, sino que resulta una medida de disciplina y sumisión. Para adoptarla será necesario explicar razones o motivos que la justifiquen, al margen del procedimiento de comprobación de número de personas en su conjunto» (Auto de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2013, recurso 39/2013)<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> No es necesario que la persona presa permanezca de pie para comprobar la presencia de los internos en el interior de las celdas. Basta con que estén a la vista, dado que desde la puerta se divisa perfectamente toda la celda y que no hay espacio físico no observable desde la misma (AJVP Valladolid de 10-1-1990, AJVP Zaragoza de 18-9-1990). Asimismo, el AJVP núm. 2 de Madrid, de 27-2-1990, reconoce que «basta que estén incorporados en la cama, sentados o simplemente visibles para que los funcionarios que realizan el recuento puedan comprobar fácilmente la presencia y el estado de salud de todos ellos... las normas... penitenciarias han de convencer más que hacer obedecer sin convicción. El hecho de obligar a estar de pie en posición de firmes, cuando el objetivo que se pretende (el de Vigilancia y el de seguridad), puede quedar garantizado de otra forma...».

<sup>44</sup> El antiguo AJVP de Sevilla de 21-3-1991 establece que la finalidad del recuento se cumple con la mera visión del preso con independencia de la postura que adopte: «...cuando se trata de un interno que va a permanecer en la celda el resto del día carece de sentido y de lógica exigir a éste que se levante ¿Qué se pretende con que el interno esté levantado? ¿Por qué se le exige que cumpla el horario para levantarse si el resto del mismo relativo a deportes, ducha, ocio, trabajo, etc., no se le va a exigir? ¿Qué efecto negativo para el régimen tiene que un interno mientras está en la celda permanezca acostado? La contestación de estas preguntas me hace concluir en la falta de sentido de la prohibición de permanecer acostado en la celda de la que no puede salir, que por sus reducidas dimensiones hacen aconsejable permitir al interno que a lo largo del día adopte las posturas que desee siempre y cuando permanezca visible a la hora de los recuentos... en lo sucesivo se autoriza a los internos a no adoptar posturas determinadas en los recuentos».

(ii) Criterios específicos de aplicación en los presos condenados por el terrorismo de ETA

A presos de ETA en algunas prisiones se les exige ponerse de pie. Esta decisión administrativa se justifica en el sentido de que además de buscar una mera comprobación numérica de los internos, el recuento atiende a otras circunstancias, como es el estado físico de los mismos, circunstancia que es compatible con el hecho de que el recuento se lleve a cabo con los presos de pie y no sentados. Esta afirmación solo trata de justificar la ampliación de esta técnica de control a otros supuestos y formas de ejecución que no son todo lo respetuosos que deberían con la dignidad de las personas (art. 10 de la Constitución). Lo único exigible es que mantenga una posición decorosa y que permita la perfecta identificación. El recuento es una técnica de control que permite determinar que están todos los reclusos que conforman la población de la unidad o módulo, ya se practique en la celda ya en dependencias comunes, así como su identidad. No tiene otra finalidad. Lo contrario supone vulnerar el principio de proporcionalidad. “No hay que olvidar que en las relaciones de poder, desiguales o verticales, como es la que vincula al recluso con el funcionario, denominada de sujeción especial, levantarse y ponerse erguido es un gesto de sumisión, de reconocimiento de la autoridad, que se utiliza en otros espacios disciplinarios” (voto particular de auto de la Sala primera. Audiencia Nacional de 5 de julio de 2016).

e. En materia de régimen y derechos fundamentales

(i) Marco normativo

La persona privada de libertad en cumplimiento de una pena goza íntegramente de los derechos fundamentales que le reconoce la Constitución salvo las limitaciones que impongan el fallo condenatorio, la pena y la ley penitenciaria (art. 25.2 Ce). Es decir, la ciudadanía penetra, de la mano de la Constitución, en los establecimientos penitenciarios. Es decir, el recluso es sujeto de derechos, sólo se ve privado de la libertad deambulatoria y de aquellas facultades que resulten afectadas por el contenido de la pena (inhabilitación del ejercicio de ciertos derechos) o sean incompatibles con ella. De ahí que la actividad administrativa penitenciaria haya de respetar la personalidad humana, los derechos e intereses jurídicos de los internos, quienes podrán ejercitar todos los derechos fundamentales, tanto los civiles y políticos, como los sociales, económicos y culturales (artículo 3 de la Ley orgánica general penitenciaria). El principio inspirador del cumplimiento de las penas de prisión es la condición de titular de derechos del recluso, quien no puede ser excluido de la sociedad, de la que continúa formando parte, por ello la vida en prisión –dice literalmente el artículo 3 del Reglamento penitenciario- ha de tomar como referencia la vida en libertad.

(ii) Criterios específicos de aplicación en los presos condenados por el terrorismo de ETA

Las cuestiones en este ámbito no adquieren una especial relevancia en comparación con los presos comunes. Las situaciones específicas guardan relación directa con la tenencia de materiales que simbolizan o contienen ideas políticas que subyacen en el comportamiento delictivo. A modo de ejemplo, se prohíbe la entrega de un libro (Auto de la sala primera. Audiencia Nacional, núm. 523/16 de 5 de julio)<sup>45</sup>. La libre circulación de un libro es

---

<sup>45</sup> El Director del centro penitenciario de Herrera de la Mancha decidió retener un ejemplar del libro “Bortxaren kontakizunetik, kontakizunaren bortxara” (Violencia de la historia, historias de violencia, traducción que hemos hecho en esta instancia) que le había sido remitido al interno. El motivo de la intervención, según el informe del Director, es la seguridad y el buen orden del establecimiento, al amparo del art. 58 de la Ley orgánica general penitenciaria y del art. 128.2 del Reglamento penitenciario. Se indica que el libro “hace referencia a la opresión política y cultural sufrida por el País Vasco y la lucha armada de liberación nacional, habiendo plasmado el autor un discurso político radical y utilizándose en el citado libro expresiones que van en concordancia con las

manifestación del derecho fundamental de libertad de pensamiento (art. 20.1-a de la Constitución), expresión del pluralismo político, valor superior del ordenamiento, que dota de sentido a la cláusula del Estado democrático, que se sustenta en una opinión pública libre, informada y plural. También está conectada con el derecho a recibir información del art. 20.1-d CE. En ese contexto el art. 58 LOGP y el art. 128 RP, reconoce a los internos el derecho a acceder a libros y publicaciones de libre circulación en el exterior siempre que cuenten con el correspondiente depósito legal (STC 2/2006, caso retención libro Informe sobre la tortura, y STC 11/2006, caso retención revista Kale Gorria). Por tanto, salvo que se justifique objetivamente la puesta en peligro de la seguridad o del orden del centro penitenciario, lo que exige una resolución motivada del equipo de observación y tratamiento<sup>46</sup>, la restricción es nula.

f. Excarcelación de enfermos graves

(i) Marco normativo y jurisprudencial

Los penados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la

---

reivindicaciones del independentismo vasco. Así mismo, en el reverso de la portada y en el reverso de la contraportada, hay unas fotos, en las cuales puede verse a guardias civiles, coches ardiendo y varias personas encapuchadas con pistolas en la mano. Debido a todo ello, y como factor inducente a la violencia, puede verse afectada la seguridad del Centro y sus funcionarios, así como influir negativamente en el buen orden del Establecimiento con protestas colectivas, como son: renunciadas a salir de la celda, plantas colectivos, huelgas de hambre, encarteladas reivindicativas (sic), etc.”.

<sup>46</sup> Hay que partir del dato de que se trata de un libro de libre circulación en el mercado, como puede comprobarse en la página web de la editorial Txalaparta, donde consta el ISBN (978-84-15313-97-7). Es preciso analizar la proporcionalidad de la medida que suspende el derecho del interno de acceso al libro, siempre desde la perspectiva del sacrificio del derecho y el bien público que se alcanza con la injerencia en el mismo. Lo primero a dilucidar es la idoneidad de la retención de la publicación para garantizar el buen orden y seguridad del establecimiento. El acto administrativo solo cita el fin que se trata de alcanzar, y que justificaría la decisión, y argumenta con base en dos datos: 1) el libro cita la “lucha armada de liberación nacional”, lo que puede considerarse enaltecedor del terrorismo y de la violencia (sin embargo, se descontextualiza la cita, no se informa en qué pasaje y a por qué razón aparece tal denominación, lo que impide el control de la razonabilidad del motivo) y 2) aparecen en las portada y contraportada interior diversas fotografías, con motivos como personas encapuchadas armadas, guardias civiles y un coche ardiendo. El auto impugnado añade que puede incitar a la violencia afectando a la seguridad del centro y también provocar la alteración del orden, provocando protestas y plantas. Pues bien, ni la identidad del autor ni el contenido del libro -escrito en euskera y del que no conocemos nada salvo que, en algún momento y lugar, se halla esa frase y en el interior de portada y contraportada varias fotos con tales motivos- son razones suficientes para sustentar la idoneidad o adecuación de la retención del libro para garantizar el orden y la seguridad. Porque no se ofrece pista alguna para relacionar la frase y las imágenes, cuyo significado resulta incierto, con la incitación a la violencia a los reclusos ni con la subversión del buen orden; tampoco se explica cómo debería operar la lectura del libro, en principio para uso exclusivo de un interno, y la difusión de sus ideas en el quebrantamiento de esos bienes esenciales para el desarrollo de la actividad penitenciaria. No basta con afirmar el riesgo o peligro, es necesario un mínimo de motivación. Tampoco se puede sostener, sin la previa lectura del texto, que es enaltecedor de la violencia y del terrorismo y que incita a protestas y plantas colectivos, simplemente a partir de tres fotografías y cuatro palabras descontextualizadas, ya que tales imputaciones tienen contenido penal y el libro es de libre circulación. Para que un texto tenga aptitud para alterar el orden y seguridad de un centro habría de facilitar información sobre funcionarios o hábitos de la institución, propagar noticias falsas (algunos de esos hechos se mencionan en el Reglamento penitenciario como presupuestos justificativos de la suspensión de las comunicaciones orales, art. 44, que nos puede servir de guía en el juicio de idoneidad). Nada se dice en el libro, al menos que conozca la autoridad que ha adoptado la retención, sobre el régimen de la prisión. Al parecer es un libro de opinión, opiniones que aunque disgusten a la autoridad administrativa, no pueden ser objeto de censura. La resolución recurrida no se justifica desde el principio de adecuación, por lo que no se puede considerar idónea para alcanzar los fines que selecciona, ya que no se dice cómo y en qué medida se verían afectados por la lectura y circulación de la obra el orden y la seguridad. Es por ello que se puede entender que la retención del libro no respeta el principio de proporcionalidad, sin necesidad de descender al examen de los requisitos de necesidad y de estricta proporcionalidad o equilibrio.

condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, las dos terceras, o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional. El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del Juez de Vigilancia Penitenciaria, se estimen necesarios” (art. 91.1 CP). La libertad condicional no significa la liberación del condenado ni la extinción de su responsabilidad penal. El periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que reste de condena (art. 93.1 CP). Hasta ese momento, el liberado condicional es objeto de seguimiento y control por parte de los Servicios sociales penitenciarios, de acuerdo con las pautas que establezca la Junta de Tratamiento, al que sea adscrito, en el correspondiente programa individualizado (art. 200 RP). Además, el Juez de Vigilancia puede adoptar reglas de conducta, como ha decidido en el caso, que se incorporan al programa de seguimiento (art. 90.2 CP y 200 RP).

En estas situaciones los principios de humanidad y dignidad de las personas tienen que predominar sobre cualquier otra consideración legal, “toda vez que la finalidad de la ley es evitar el internamiento en establecimientos penitenciarios de enfermos muy graves cuando exista peligro patente para la vida, al entender que puede ser una forma de ejecución de la pena privativa de libertad contraria a la dignidad intrínseca de la persona humana; la ley asume que la prolongación de la estancia en prisión supone un sufrimiento añadido a la propia pena, planteando un riesgo para su vida y salud. Así mismo, la Convención europea de derechos humanos proscribía las penas y tratos inhumanos y degradantes en su art. 3, señalando el TEDH que la salud del condenado debe tenerse en cuenta al decidir sobre las modalidades de ejecución de las penas privativas de libertad, ya que el internamiento puede resultar incompatible con una grave enfermedad siempre que se someta a la persona a un peligro y sufrimiento que exceda en intensidad al nivel inevitable de sufrimiento inherente a la reclusión (caso Mousiel contra Francia, 14.11.2002). Recordemos que la Constitución garantiza la dignidad de las personas y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1 CE). Entre éstos se encuentran el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE); son derechos fundamentales más fácilmente vulnerables en la cárcel que fuera de ella. «Es más, la prohibición en nuestro ordenamiento jurídico constitucional de las penas inhumanas puede verse quebrada si el sufrimiento inherente a la enfermedad supone un añadido o carga adicional al que supone la pena, toda vez que el cumplimiento de ésta lleva al preso a simas de dolor» (AAP Madrid, Secc. 5ª, de 16-1-1998).

En principio, el art. 196.2 RP está pensado esencialmente para los enfermos terminales. Sin embargo, el concepto de enfermo terminal no debe ser interpretado tan restrictivamente que pueda llegar a confundirse con el peligro inminente que nos ubica ante la situación del enfermo terminal o agónico (Auto de la Sala primera. Audiencia Nacional, núm. 359/2012, de 19 de septiembre). Ni la letra, ni el espíritu, ni la finalidad, ni la sistemática de los arts. 196.2 RP y 92 CP autorizan esa interpretación. Este requisito no se puede equiparar a que esté a punto de morir en situación agonizante. Se puede equiparar a «vivir en libertad esa última etapa de la vida que puede incluso tener larga duración; un vivir que es también convivir –el hombre como ser social desde los filósofos griegos–, en definitiva sentir la vida como convivencia y no como dependencia absoluta de otros. Pero, además, la concesión de este beneficio enlaza directamente con bienes y derechos constitucionalmente consagrados, lo que permite no dilatarlos hasta las fases terminales de la enfermedad, así, el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE). En consecuencia, la libertad condicional es para enfermos graves no para cadáveres que, contra pronóstico, aún alientan (AAP Madrid, Secc. 5ª, 682/2000). En este mismo sentido, una enfermedad que comprometa seriamente la salud, cuando la persona está en continuo dolor, impedido de andar y de sentarse, necesitado de ayuda para las acciones más elementales, es evidente que la salud está muy quebrantada (AAP Madrid, Secc. 5ª, 3034/2005, de 26 de octubre).

Por tanto, el marco conceptual que establece la ley para este supuesto excepcional de libertad condicional por razones humanitarias es el del riesgo patente para la vida, no el de peligro inminente que nos ubica ante la situación del enfermo terminal o agónico. Esta categoría no se menciona en la ley, sólo aparece en la rúbrica o epígrafe del art. 196 RP y ni siquiera se reproduce en el texto de la norma, que no podría contradecir a la de rango superior.

(ii) Especificidades en los presos condenados por el terrorismo de ETA

Muy posiblemente, motivado por la libertad condicional concedida a una persona de ETA –caso Bolinaga–, que tardó, aproximadamente, tres años en morir desde que se le concedió, la secretaría general de instituciones penitenciarias ha elaborado la Instrucción sobre: “Procedimiento para la emisión de informe médico y tramitación de la excarcelación por enfermedad muy grave con padecimientos incurables” (I 3/2017). En ella, se establece que “el concepto de enfermedad incurable no ofrece, en general, dudas desde un punto de vista médico; la calificación de su gravedad y pronóstico que pueda llenar el concepto jurídico “peligro patente para la vida”... A tal efecto, conviene precisar como peligro patente para la vida, ha de entenderse el que produce la enfermedad en estadio terminal o aquella situación en la que el fallecimiento es previsible, con razonable certeza, a muy corto plazo”.

Este criterio supone una interpretación muy restrictiva de la norma penal, contraria a derechos fundamentales referidos en el apartado anterior y que afectará no sólo a los presos de ETA sino, también, al resto. Es esperable la intervención de los juzgados de vigilancia y demás tribunales competentes, dejando inaplicable esta norma de rango tan mínimo y, por tanto, de escaso valor jurídico.

g. En cuanto a los requisitos específicos para el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional

En el caso de personas condenadas por “delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades” (art. 90.8 CP). Esta previsión legal merece algunos comentarios:

a.- Se puede entender como un signo inequívoco de reinserción social y de respeto absoluto a la norma penal la exigencia de que se abandonen los fines y medios de la banda armada. Y, por tanto, es acreditable con la desvinculación de la misma, o de sus fines violentos.

b.- Se exige también haber “colaborado activamente con las autoridades...”. Condicionar la concesión de la libertad condicional a la eficacia policial es cuestionable, toda vez que puede ocurrir que pasados los años en prisión, la información que tenga el penado sea ineficaz. Además, puede suponer una instrumentalización del penado no acorde con los principios preventivos

especiales que rigen en la fase de ejecución penal. En este mismo sentido, la previsión se basa en una incorrecta comprensión del art. 6 de la Decisión marco de la UE de 13 de junio de 2002 sobre terrorismo; dicho artículo no condiciona la libertad a la delación, sino que obliga a prever en las legislaciones la figura del arrepentido y a tener en cuenta la colaboración activa para la determinación de la pena a imponer. Por eso, la decisión de la UE lo refiere al momento posterior a la detención y hasta la imposición de la sentencia; con el pronóstico favorable de resocialización es suficiente conforme al espíritu del instituto de la libertad condicional. La pena busca evitar la reincidencia del condenado, y no puede convertirse la libertad condicional en una manera de favorecer la confesión o la delación (Enmienda 22 EA –Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII legislatura. 25 de marzo de 2003–). En todo caso, cabe interpretar que todos ellos están relacionados con la idea de disminuir la peligrosidad de la organización terrorista de la que se formó parte. ¿Es legítimo condicionar a este elemento colectivo el proceso de reinserción individual?; ¿de qué tipo de colaboración se está hablando? Un preso que haya manifestado públicamente sus discrepancias con la organización, que haya criticado la estrategia político-militar y que haya pedido el fin de la lucha armada, ha colaborado con las autoridades para impedir la producción de otros delitos y ha debilitado a la organización.

Ahora, en otro contexto, esta exigencia legal parece estar siendo interpretada en el sentido de exigencia de delación para esclarecer los casos sin resolver, para la identificación, captura, procesamiento o condena de responsables de delitos terroristas. Una primera observación. En general, en los delitos de organizaciones criminales la colaboración sirve a la atenuación de la pena. Se trata de ofrecer un acicate, un premio, a cambio de debilitar a la organización; sería la figura del arrepentido de la mafia u organizaciones similares. Pero en este caso la pena no se altera; aquí la exigencia tiene un efecto inverso: su ausencia se castiga con la denegación del proceso de reinserción. No es lo mismo. Por otro lado, la experiencia italiana ilustra que la exigencia de delación frena los procesos de reinserción, hace fracasar los intentos de promocionarlos<sup>47</sup>. ¿Es una estrategia adecuada? La legítima aspiración a alcanzar el conocimiento y castigo de los delitos, no debe llevar a reducir a la insignificancia jurídica, política y ética el arrepentimiento no acompañado de delación<sup>48</sup>.

Por último, ¿cómo se materializan estas exigencias en la práctica? ¿Cómo valoran estas cuestiones quienes tienen la competencia para hacerlo: las juntas de tratamiento de las prisiones, la secretaría general de instituciones penitenciarias, la fiscalía, el juzgado central de vigilancia penitenciaria y la sala de lo penal de la Audiencia Nacional? No hay una respuesta mínimamente nítida. Por el momento, respecto a la colaboración<sup>49</sup> depende de la impresión de la existencia de la voluntad de colaborar que tenga el fiscal o el juez cuando el preso es llamado a declarar como imputado o testigo. ¿Basta con la declaración prestada en comisaría o ante el juzgado tras la detención?, ¿es una colaboración que ha de mantenerse constante en el tiempo?, ¿cómo se distingue el hecho de

---

<sup>47</sup> Véanse los trabajos de SÁEZ VALCÁRCEL. R en *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 8, 2011, p. 83 y *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, 2011, p. 183.

<sup>48</sup> Hay un número de presos que, en diversos grados y con múltiples matices, han hecho autocrítica, que se han arrepentido de haber matado, que han llegado a la conclusión de que matar fue injusto e inútil, que quieren aportar a la construcción de la convivencia sobre un relato y una memoria justas de lo ocurrido, que quieren ofrecer una reparación moral a las víctimas, que quieren contribuir a la deslegitimación de ETA y de la violencia política en general, que quieren conducir a la izquierda abertzale hacia parámetros de verdad, justicia y reparación, incluso algunos en los últimos tiempos se han sentado cara a cara con víctimas de ETA para expresarles todo esto y escuchar y contestar a lo que las víctimas tuvieran que decir. ¿Si no hay delación todo esto no sirve de nada?, ¿no hay «verdadero arrepentimiento»? ¿Son iguales entonces estos presos, que han recorrido ese difícil y costoso camino, que los que salen de prisión, cumplida su pena, «con el puño en alto»? A mi juicio es un error esta equiparación, ya sea a nivel ético, político o jurídico.

<sup>49</sup> PORTERO, D., en Revista de la FVT. *Actualidad*, nº 44, septiembre 2013, publica un supuesto estudio de la Asociación Dignidad y Justicia, se desconoce con qué fuentes, de los casos que podrían ser aclarados por algunos de los internos de la vía Nanclares.

no conocer del no querer. Demasiada incertidumbre para garantizar la seguridad jurídica en la aplicación del derecho.

Finalmente, el artículo introduce una nueva complejidad. Supuestamente pretende proporcionar elementos de juicio para probar el cumplimiento de estas dos exigencias, pero en realidad introduce elementos nuevos no completamente coincidentes conceptualmente: podrá –es decir, podría acreditarse por otros medios– acreditarse mediante una declaración expresa de repudio y abandono y petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por informes técnicos de la real desvinculación y su colaboración. Se introduce la petición de perdón a las víctimas de su delito, aparentemente como modo de acreditar el abandono de los medios y fines. Pero, ¿no es posible abandonar los medios y fines terroristas sin pedir perdón?, ¿cómo ha de materializarse dicha petición?, ¿por escrito u oralmente, con publicidad o sin ella?, ¿debe llegar la petición a la/s víctima/s o basta con escribirla y remitirla al equipo técnico de la cárcel, al juzgado, a la fiscalía, a la prensa...?, ¿y si la víctima no quiere recibir la petición de perdón?, ¿quién y cómo se ocupa de hacérsela llegar?

Por otro lado, obviamente, la sinceridad de una declaración expresa de este cariz habrá de venir corroborada por otros elementos. La administración penitenciaria, que mantiene una observancia y control muy importante de los presos de ETA y tiene intervenidas todas sus conversaciones, dentro y con el exterior, sabe y registra quién secunda los planes, con quién come, con quién habla, qué dice, si trabaja o no, si sigue las directrices del colectivo o no, etc. Además, ¿quién puede o debe emitir esos informes técnicos sobre la realidad de su desvinculación y sobre su colaboración con las autoridades? ¿Las Juntas de Tratamiento, los cuerpos policiales? Más aún, ¿cómo puede colaborar para reducir la peligrosidad de la organización terrorista aquel que dejó la organización a comienzos de los 90, que lleva 15 o 20 años encarcelado?

Considero que el régimen abierto y la libertad condicional deberían ser aplicadas en función de las variables que establece la legislación penitenciaria (posibilidad de hacer vida en semilibertad, factores relacionados con la actividad delictiva, historia individual, laboral, social y delictiva, personalidad, duración de las penas, medio social al que retorne, facilidades y dificultades para el tratamiento) unidas al abandono de la organización terrorista, la asunción de responsabilidad personal y el reconocimiento de las víctimas; no es exigible la delación. Son estas variables criminológicas, valoradas por los equipos técnicos, y en último extremo supervisadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, las que deben determinar y dar «seguridad» de que quien sea clasificado o progresado a tercer grado, sea capaz de vivir en semilibertad, respetando la ley penal, con independencia de la condena que tenga. Igualmente para quien se decida que puede obtener la libertad condicional. Se propone una normalización de ambas figuras jurídicas, para que los presos condenados por delitos de terrorismo accedan a medidas penitenciarias –tercer grado y libertad condicional- en igualdad de condiciones que el resto las personas que estén en prisión.

### **3. Conclusión**

La política penitenciaria del ministerio del interior en materia de terrorismo mantiene los mismos criterios de gestión a pesar de que la organización terrorista ya no tiene ninguna capacidad de matar y la mayoría de los presos han decidido acogerse a las vías legales de reinserción establecidas en la ley penitenciaria. Los objetivos históricamente buscados por la administración penitenciaria han sido: buscar la seguridad, evitar el riesgo del mantenimiento la actividad delictiva (búsqueda de la desvinculación al grupo armado), potenciar la auto reflexión individual sobre del daño causado y el reconocimiento de las víctimas. Para estos fines se ha utilizado prioritariamente la dispersión carcelaria, el control y limitación de las comunicaciones con allegados cercanos a organizaciones políticas nacionalistas y la necesidad de la delación, en algunos supuestos, –colaborar con las autoridades- para la aplicación del tercer grado o del

régimen mixto previsto en el art. 100.2 RP. Estos criterios no han cambiado definitivamente para las personas que reconocieron el daño –vía Nanclares-; se les continúa dificultando la aplicación administrativa de permisos penitenciarios, así como la progresión a regímenes abiertos –art. 100.2 RP-. Aquellos también se mantienen para el resto de los presos, y a partir de julio de 2017 en que el 73% de los condenados han decidido acogerse a la legislación penitenciaria en materia de reinserción social, el cambio y abandono de esas políticas, para favorecer la integración en la sociedad, han de tener prioridad <sup>50</sup>. En este sentido, la concepción de los presos como “no personas” ha de desaparecer para dar paso al reconocimiento de la dignidad y la reinserción social. Paralelamente, el ministerio del interior y la fiscalía no pueden quedar influenciados por las posiciones más vindicativas de alguna asociaciones de víctimas. Lo contrario, una vez que la organización no tienen capacidad operativa, se han entregado las armas, y la mayoría de sus miembros se han acogido a la legislación penitenciaria, evidenciaría un pulso represivo/vindicativo frente a quienes fueron condenados por delitos vinculados ETA. Estas finalidades denotan la existencia de una política de castigo, ajena a la política penitenciaria desde claves constitucionales.

#### 4. Bibliografía

ALONSO R; DOMINGUEZ F; REY M (2010), *Vidas Rotas. Historia de los hombres, mujeres y niños víctimas*, Espasa, Barcelona.

CARMENA M., LANDA JM; MÚGICA, R.; URIARTE, JR(2013), *Informe-base de vulneraciones de derechos humanos en el caso vasco (1960-2013)*. Secretaría General para la paz y la convivencia. Gobierno Vasco.

DEFENSOR DEL PUEBLO (2016), *Estudio sobre las víctimas de eta. Su situación actual*, Defensor del Pueblo, Madrid.

ENRÍQUEZ C.,(Eds.) (2002), *Las políticas hacia el pasado: Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Ediciones Istmo, Madrid.

FONSECA C; GARRO E, MARTÍN JA, RODRÍGUEZ J (2013), *Informe sobre la situación procesal de los atentados perpetrados por organizaciones terroristas con resultado de muerte entre 1960 y 2014. Caso vasco*, Secretaría de Paz y Convivencia del Gobierno.

LARISGOITIA I; IZARZUGAZA I; MARKEZ I (2009), *La noche de las víctimas*, Fundación Fernando Buesa, Vitoria-Gasteiz.

ORMAZABAL, M., Diario El País, de 3 de julio de 2017.

PORTERO,D en Revista de la FVT. *Actualidad*, nº 44, septiembre 2013

REYES MATE, <http://www.elcorreo.com/alava/politica/201611/28/fracturo-sociedad-vasca-dano-20161125184848.html>

SÁEZ R., (2011), Cuadernos Penales José María Lidón, n. 8, p. 83.

SÁEZ R., (2011), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, p. 183.

---

<sup>50</sup> Ejemplarizante en este aspecto es el estudio realizado por el Instituto Vasco de criminología en 2013. VARONA G., *Víctimas del terrorismo residentes en la CAV. Desazón y esperanza en víctimas indirectas de asesinatos*. Instituto Vasco de Criminología, 2013.



VARONA G., (2015), *El derecho a la memoria de las víctimas del terrorismo*, IVAC, Gobierno Vasco.

VARONA G., *Víctimas del terrorismo residentes en la CAV. Desazón y esperanza en víctimas indirectas de asesinatos*. Instituto Vasco de criminología.2013