

GURE GAIAK



El Derecho Penal ante el fin de ETA

Para varias generaciones de españoles la organización terrorista ETA ha sido un protagonista permanente de nuestra realidad social y política. La mayoría no nos podíamos imaginar un país sin la presencia y amenaza de esa banda armada. Realmente nuestra historia reciente ha sido cruel. Tras una guerra civil y una posguerra sangrienta surgió en Euskadi el terrorismo etarra en un contexto internacional de nacimiento de movimientos revolucionarios de descolonización en los países del tercer mundo y de grupos terroristas de extrema izquierda o ultranacionalistas en bastantes países occidentales, fundamentalmente europeos y latinoamericanos. Estos grupos defendían la violencia como recurso legítimo para luchar

por la instauración de un régimen marxista-leninista de extrema izquierda y por la autodeterminación; ETA invoca el crimen, el terrorismo y el asesinato como método para obtener sus objetivos políticos. Para ello ha utilizado el asesinato, el secuestro, el terrorismo y la extorsión económica.

ETA ha cometido sus crímenes en toda España habiendo sido el País Vasco el que más ha padecido y donde se han sufrido las mayores cotas de amenaza y de falta de libertad. Los efectos sobre la sociedad vasca han sido devastadores y muchas personas padecen todavía las consecuencias del miedo y del terror de ETA. Tendrán que pasar años para superar esta situación y para normalizar nuestra convivencia.

JUAN CALPARSORO

FISCAL SUPERIOR DEL PAÍS VASCO.

Durante todos estos años bastantes jóvenes vascos han creído en ETA y se han dejado seducir por el atractivo que generan la violencia y la revolución. También es cierto que ha sido una minoría de jóvenes (y una minoría de vascos) la que ha creído en ese grupo terrorista. Algunos de ellos han sido miembros de ETA y a la vez víctimas de ETA, por haberse dejado engañar por el señuelo revolucionario violento. Y algunos también por haber sido amenazados y represaliados al querer desvincularse del grupo terrorista. Siendo el ejemplo más cruel y conocido el de “Yoyes”, asesinada por ETA en Ordizia en el año 1986.

A mi juicio gran parte de culpa de la pervivencia del terrorismo la han tenido personas y dirigentes que, sin ser miembros ni simpatizantes de ETA, la han justificado y explicado. O han minimizado el terrible daño que ha causado en la sociedad vasca. Desgraciadamente uno de los efectos del miedo que ha ocasionado ETA ha sido que no se la haya deslegitimado con más claridad y valentía por el discurso público de algunos dirigentes y responsables políticos o sociales del País Vasco. Frente al asesinato por ejemplo de niños, que ETA ha practicado sin compasión, no cabe la más mínima explicación ni justificación. Solo cabe el rechazo absoluto y la oposición frontal.

ETA nunca ha tenido razón de ser. Ha causado mucho daño al País Vasco y todavía se padecen sus consecuencias.

Pero el Estado de Derecho se ha hecho más fuerte. La sociedad a través de la administración pública responsable de seguridad y justicia ha ido debilitando a la banda terrorista. Muchas personas han sido detenidas por cometer delitos de terrorismo, se les ha juzgado y se les ha impuesto la condena prevista en nuestro Código Penal. Y han cumplido las condenas o las están cumpliendo. El Estado de Derecho está funcionando y la

El Derecho Penal tiene un papel fundamental en la terminación ordenada y justa del terrorismo de ETA y de sus consecuencias.

sociedad ha sabido responder con serenidad y firmeza al desafío antidemocrático del terrorismo de ETA. Porque el terrorismo es un crimen contra la democracia y contra los valores democráticos.

Las sociedades vasca y española sin ETA serán más libres, más fuertes y más democráticas.

El día 5 de septiembre de 2010 ETA anunció un alto el fuego en un video enviado a la cadena BBC de Londres. El 10 de enero de 2011 anunció un alto el fuego permanente, general y verificable, que se correspondía con la “Declaración de Bruselas” firmada por diferentes organizaciones internacionales y con el “Acuerdo de Gernika” firmado por las principales fuerzas de la izquierda abertzale, que pedían a ETA dar ese paso. El 20 de octubre de 2011 ETA anunció el fin definitivo de su actividad terrorista.

Creo que se puede afirmar con bastante certeza que la actividad terrorista de ETA ha terminado definitivamente.

Pero ETA existe todavía. Mantiene su arsenal de armas y su estructura, con sus recursos económicos, provenientes de la extorsión y el delito. Es cierto que no va a actuar más pero no

ha dado el paso de su inevitable disolución. Y las consecuencias de los delitos que han cometido sus miembros tampoco han desaparecido. Aunque en este momento la organización terrorista subsiste debilitada y sin capacidad operativa el presente y futuro de la sociedad vasca se ven ya sin ETA.

El Derecho Penal tiene un papel fundamental en la terminación ordenada y justa del terrorismo de ETA y de sus consecuencias.

El Derecho Penal se corresponde con una de las prerrogativas principales del poder público: la determinación de los límites a las libertades individuales. Eso explica que de manera clásica el Estado se haya reservado el monopolio sobre el Derecho Penal, que se traduce en prohibición de la venganza privada y en el monopolio de la violencia.

El Derecho Penal ha evolucionado conforme han evolucionado las sociedades hacia unos principios más racionales y humanitarios. La crítica de Beccaria, autor de "De los delitos y las penas", a finales del siglo XVIII, al sistema penal entonces vigente condujo a una serie de reformas penales que son la base de lo que se conoce como Derecho Penal liberal, resumido en humanización general de las penas, abolición de la tortura, igualdad ante la ley, principio de legalidad, de proporcionalidad entre delito y pena etc. Los postulados de Beccaria constituyeron un gran avance en materia humanitaria y fijaron los principios basados en el razonamiento científico que fueron recogidos por la mayor parte de las legislaciones penales posteriores.

La Constitución española de 1978 determina los principios inspiradores de nuestro Derecho Penal, fundamentalmente principio de legalidad, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, principio de resocialización y principio de humanidad de las penas. El principio de humanidad de las penas se traduce en la erradicación de la pena de muerte y de las torturas, en la implantación de

los sustitutivos penales y en la humanización de la ejecución de las penas privativas de libertad. Y el de resocialización conlleva la construcción de un sistema de ejecución de las penas que ofrezca al penado oportunidades para su reinserción. Como dice el artículo 25, 2 de la Constitución las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados y el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo...

Tradicionalmente el Derecho Penal liberal ha centrado su atención en el delincuente, sus derechos y garantías y en poner límites al ius puniendi del Estado. Sin embargo durante los últimos años han adquirido más fuerza en el Derecho

La ética y la legislación internacionales desean, cada día más, que las sociedades evolucionen hacia unos derechos victimales que, sin mermar la importancia básica de los derechos humanos tradicionales, giren en torno a las víctimas para su reparación, su dignificación y su protagonismo socio-moral altruista.

Penal y la Criminología los derechos de las víctimas de los delitos, surgiendo la nueva ciencia de la Victimología. Aunque el delito atenta contra la sociedad, sin embargo en la mayor parte de los delitos graves hay siempre víctimas personales. Y eso ocurre también en el delito terrorista. He afirmado anteriormente que el terrorismo es un delito contra la democracia, pero los que han sufrido directamente su acción

(asesinados, secuestrados, heridos, lesionados y amenazados) son los que han padecido y muchos de ellos todavía padecen sus terribles efectos.

Miles de personas se han visto obligadas a abandonar el País Vasco por las amenazas de ETA. También hay que recordar el dolor cotidiano de los hijos de los asesinados y amenazados, que han vivido su adolescencia rodeados de personas y de estructuras sociales, morales e incluso docentes adversas. Como señalaba el profesor de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco Antonio Beristain, la ética y la legislación internacionales desean, cada día más, que las sociedades evolucionen hacia unos derechos victimales que, sin mermar la importancia básica de los derechos humanos tradicionales, giren en torno a las

víctimas para su reparación, su dignificación y su protagonismo socio-moral altruista.

La Justicia victimal abroga el castigo-vindicación, exige una nueva sanción: reparación dignificante, diversa a la indemnización -responsabilidad civil- ex delicto.

Mediante la Justicia victimal y el innovador sistema prisional victimal no se intenta infligir dolor punitivo a los victimarios, pero sí reivindicar los nuevos derechos de sus víctimas. El nuevo fin principal de la sanción penal privativa de libertad facilitará y logrará que los condenados, desde el primer día, reparen y dignifiquen a sus víctimas.

Con esa orientación y perspectiva nuevas han aparecido instrumentos penales y alternativos al sistema penal basado en el binomio delito-condena penal. Se constata el fracaso del Derecho Penal tradicional en la satisfacción de los intereses de las víctimas y en evitar la reincidencia. Se percibe la necesidad de devolver a la sociedad el protagonismo y la responsabilidad en la solución de los conflictos que en su seno se plantean, en vez de dejarlo exclusivamente en manos del Estado. La demanda de endurecimiento de las penas, recogida incluso en programas electorales, ante la percepción de incremento de la criminalidad, ha de ponernos en guardia por la ineficacia que esa solución hiper-punitiva supone para prevenir el delito. Aunque sacie, parcialmente, la demanda de justicia de la sociedad deja sin satisfacción suficiente a quien queda en una situación de mayor vulnerabilidad, la víctima. El proceso penal tradicional supone en muchos casos una experiencia dolorosa para la víctima, excluida de cualquier participación en la resolución de su agravio, reducida a la consideración de mero testigo. Tampoco desde el punto de vista de la asunción de responsabilidad por el delincuente la situación es muy satisfactoria. El proceso penal no fomenta ni el reconocimiento de la verdad de lo sucedido

Estoy convencido de que el futuro del Derecho Penal se encuentra en la llamada Justicia Restaurativa y en la Mediación. Y aunque debe aplicarse ese nuevo instrumento en los casos que sea posible y deseable creo que no debe excluirse a priori de su posible ámbito de aplicación ningún delito, incluyendo los delitos más graves, entre los que sin duda están los delitos de terrorismo.

ni la asunción de sus consecuencias. Ante estos déficits de la justicia penal se ha abierto paso una concepción restaurativa en la que la víctima asuma el papel central que le debe ser reconocido en la solución del conflicto. Se trata de centrar la solución más en los intereses de la víctima, e incluso en los del propio infractor de cara a su rehabilitación, y cumplir así de forma más eficaz los objetivos de fomento de la paz social que constituyen los fines últimos del Derecho penal. La mediación penal se ha convertido en instrumento adecuado para conseguir estos objetivos; es lo que se ha llamado Justicia Restaurativa. La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, señala que “los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales”. Por eso estoy convencido de que

el futuro del Derecho Penal se encuentra en la llamada Justicia Restaurativa y en la Mediación. Y aunque debe aplicarse ese nuevo instrumento en los casos que sea posible y deseable creo que no debe excluirse a priori de su posible ámbito de aplicación ningún delito, incluyendo los delitos más graves, entre los que sin duda están los delitos de terrorismo. Además la Justicia Restaurativa debe utilizarse no solamente durante el proceso penal sino

también durante la ejecución de las penas, pues también en esta fase hay que seguir teniendo en cuenta a las víctimas y sus intereses legítimos. Quedaría mutilado un sistema penitenciario y de ejecución penal en el que se postergase a las víctimas. Deben ser tenidas en cuenta y escuchadas en su justa medida, pues los efectos y secuelas del daño subsisten en la mayoría de los casos.

Una organización terrorista debilitada hasta el punto de haber cesado definitivamente en su actividad criminal y con la mayoría de sus miembros en situación de privación de libertad es un escenario que no debe ser indiferente para el Derecho ni para la Justicia Penal. Se ha iniciado un nuevo tiempo en el que las respuestas penales han de

adaptarse a esta nueva situación. Los principios generales de la interpretación del Derecho español se regulan en el artículo 3 del Código Civil, que recoge expresamente que “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Estos criterios se aplican también en la interpretación de las normas penales aunque esta parte del Derecho (de ultima ratio y de carácter fragmentario) tiene unos principios propios como la prohibición de la analogía en contra del reo o el in dubio pro reo. Y además la Constitución establece en su artículo 10,2º que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Conjugando los anteriores principios y teniendo en cuenta los valores que debe perseguir un Derecho Penal democrático, humanitario, progresista y justo creo que la Justicia Penal ante el fin de ETA debe tener los siguientes objetivos:

-procurar descubrir la verdad de los delitos. Respetando por supuesto las garantías y los derechos de los imputados hay que procurar la búsqueda de la verdad, lo que obliga a investigar los delitos graves cometidos por los miembros de ETA. Las víctimas tienen derecho a la verdad y a que se investiguen los crímenes, y ello aunque el hecho delictivo pueda considerarse prescrito. Desde la perspectiva de la Victimología y de Justicia Restaurativa debe satisfacerse el derecho de las víctimas a descubrir quienes cometieron los crímenes (los delitos más graves), en qué circunstancias y por qué, aunque ello no conlleve una sanción penal por extinción de la responsabilidad penal por prescripción. Esto podría hacerse desde la Justicia, con las necesarias modificaciones legales, que creo sería lo ideal o a través de otro instrumento o sistema como podría ser una comisión de investigación o comisión de la verdad a la que se le dotase de los medios necesarios con pleno respeto a las garantías y derechos de todos los afectados. De alguna manera es lo que se intentó realizar, sin éxito de momento en España, en el proceso penal contra el franquismo

o proceso de la memoria histórica de las víctimas de la guerra civil y posguerra que incoó el ex-magistrado de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón.

-procurar evitar la impunidad. Considero un deber de justicia juzgar los delitos de terrorismo grave que se han cometido e imponer en su caso, tras las pruebas practicadas en juicio público y con todas las garantías, las condenas que procedan en derecho, aunque los acusados sean personas que han abandonado la actividad terrorista. El cese definitivo de la actividad terrorista de ETA no significa impunidad por los delitos cometidos. Las víctimas de los delitos de terrorismo tienen derecho a la justicia. Dentro de los márgenes de las penas que prevé el Código Penal se ponderarán las circunstancias actuales de los acusados, de acuerdo con los principios de culpabilidad, proporcionalidad, del fin preferentemente resocializador de las penas privativas de libertad y de reparación material y moral a las víctimas. Para conseguirlo hay que seguir utilizando los instrumentos legales con que se ha dotado el Estado democrático de Derecho en los últimos años, sobre la base de la cooperación policial y jurídica internacional, principalmente en el ámbito de la Unión Europea. Destaco en esta línea la orden europea de detención, que ha supuesto un avance trascendental para conseguir un espacio común europeo de libertad, seguridad y justicia.

-normalizar la competencia territorial de la Justicia penal. Hay que reconocer el papel de la Audiencia Nacional en el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo. Aun admitiendo errores en su actuación, algunos graves, la Audiencia Nacional ha desempeñado una función imprescindible en la investigación, enjuiciamiento y castigo de estos delitos. Probablemente la Justicia vasca no estaba en condiciones de asumir esta función, por la proximidad a la amenaza terrorista. Pero creo que en la medida en que la actividad terrorista ha terminado la Justicia de cada territorio debe ir recuperando competencias que, en una nueva realidad social, puede ejercer con más conocimiento de la realidad que ha de enjuiciar. Ejemplo de ello son a mi juicio las funciones de los juzgados de vigilancia penitenciaria, cuyos titulares (jueces y también fiscales) tienen la obligación de realizar visitas periódicas a los centros penitenciarios donde se encuentran los

penados. También los fiscales de cada territorio deben visitar periódicamente los centros penitenciarios de sus demarcaciones para entrevistarse con los presos (preventivos o penados) que lo soliciten. Normalmente las víctimas de los delitos terroristas suelen residir en los territorios donde se han cometido los delitos, existiendo mayor posibilidad de cercanía y proximidad con los fiscales y jueces del lugar, como ocurre en los demás delitos. De las 829 personas asesinadas por ETA, 551 lo han sido en el País Vasco, territorio donde más se ha padecido la amenaza. En este contexto el trabajo y la labor de la gran mayoría de los fiscales y jueces en el País Vasco ha sido ejemplar y ha supuesto un pilar básico para la legitimación del Estado de Derecho en Euskadi. Pueden ejercer su función con gran capacidad y competencia también respecto a los delitos terroristas, como lo han

que, según la Constitución, fundamenta el orden político y la paz social. Para conciliar los derechos de todas las personas habrá que fomentar la mediación cuando sea posible.

-procurar un tratamiento penitenciario resocializador. Para lograrlo habrá que utilizar todos los instrumentos de la legislación penitenciaria basada en el tratamiento individualizado, la progresión de grado de los reclusos, los permisos de salida... La política penitenciaria compete a la Administración, si bien está sometida al principio de legalidad y al control jurisdiccional, como el resto de la actividad de la Administración.

El tratamiento penitenciario es individual y personal, aunque se trate de presos que pertenecen o han pertenecido a una organización o grupo

De las 829 personas asesinadas por ETA, 551 lo han sido en el País Vasco, territorio donde más se ha padecido la amenaza. En este contexto el trabajo y la labor de la gran mayoría de los fiscales y jueces en el País Vasco ha sido ejemplar y ha supuesto un pilar básico para la legitimación del Estado de Derecho en Euskadi. Pueden ejercer su función con gran capacidad y competencia también respecto a los delitos terroristas, como lo han demostrado respecto al resto de materias, algunas de ellas de mayor complejidad técnica y jurídica.

demostrado respecto al resto de materias, algunas de ellas de mayor complejidad técnica y jurídica. Creo preciso rendir un homenaje a la fiscal de la Audiencia Nacional Carmen Tagle y al magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia José María Lidón, asesinados por ETA en 1989 y en 2001 respectivamente, que pagaron con su vida esa labor ejemplar que tantos fiscales y jueces de la Audiencia Nacional y de la Justicia en el País Vasco han desarrollado durante estos años.

-procurar la reparación material y moral de las víctimas. Ello es una exigencia de su dignidad, declarada y reconocida en la Constitución a todas las personas como fundamento de los derechos básicos y de las libertades públicas. Hay que escuchar su opinión y buscar siempre su bienestar, sin detrimento de los principios humanitarios y reinsertadores del Derecho Penal y Penitenciario. Todas las personas son portadoras de la dignidad

criminal, siendo responsabilidad (y derecho) de cada recluso dar los pasos necesarios para su reeducación y reinserción social. Varios presos antiguos miembros de la banda terrorista ETA han seguido una evolución muy positiva lo que ha supuesto que tengan un régimen penitenciario acorde con su actual situación, encontrándose en estos momentos cumpliendo sus condenas en centros de esta Comunidad Autónoma o en tercer grado. Sin detrimento de la necesidad de cumplimiento de las penas impuestas, lo que es una exigencia de la justicia, se deberá seguir un régimen penitenciario adaptado a cada penado y a cada situación particular.

No hay que descartar la utilización del derecho de gracia total o parcial en aquellos casos y en el momento en que la utilidad social, la equidad o la justicia lo requieran, de acuerdo siempre con las

previsiones legales. Al fin y al cabo es una prerrogativa que la Constitución atribuye al Rey que deberá ejercer con arreglo a la ley. Será el Consejo de Ministros el que proponga al Rey los indultos, que éste deberá firmar. Existe cierto consenso en la Criminología de que más allá de quince años de privación de libertad la prisión carece ya de efectos resocializadores, lo que no es óbice para que cumpla otros fines, fundamentalmente de prevención general o incluso especial.

-procurar la disolución de ETA. El grupo terrorista debe disolverse. Es cierto que esta disolución puede hacerse de muchas maneras, incluso sin una declaración expresa. Parece ineludible para llegar a una auténtica paz social que ETA entregue sus armas y dé por terminada su existencia. El Derecho Penal, con su aplicación por la Justicia, debe buscar este objetivo pues ETA, aun sin actividad, todavía continúa siendo una banda armada y por tanto la pertenencia a la misma sigue siendo delictiva.

Como resumen de lo anterior podemos decir que el Derecho Penal ha de buscar la declaración del derecho y de la justicia para conseguir la paz social. El derecho es sin duda necesario pues una sociedad sin derecho sería una sociedad carente de derechos. Una paz sin justicia es ilusoria y efímera. Pero la justicia no

El derecho es sin duda necesario pues una sociedad sin derecho sería una sociedad carente de derechos. Una paz sin justicia es ilusoria y efímera. Pero la justicia no es algo descarnado sino que hunde sus raíces en la coherencia humana.

es algo descarnado sino que hunde sus raíces en la coherencia humana. En último término tras un largo conflicto como el que hemos padecido la paz social requerirá la reconciliación, que debe ir acompañada de un acto valiente y honrado: buscar a los responsables de los crímenes y determinar su responsabilidad. Las víctimas tienen derecho a la verdad y la justicia. Es importante actualmente y de cara al futuro depurar y esclarecer la memoria para construir una sociedad mejor en la que esta tragedia no se vuelva a repetir.

Como siempre es bueno recordar a los grandes clásicos, pues la naturaleza humana no cambia en lo fundamental, aun siendo distintos los tiempos y las circunstancias. Como final me parece oportuno recordar el consejo que sobre la justicia penal da don Quijote a Sancho Panza en el capítulo 42 de "El Quijote" (De los consejos que dio don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la ínsula con otras cosas bien consideradas) "Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo. Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia".