

GAZTAK
G
E
R
E
G



NI SHAKESPEARE
NI CHÉJOV:
EL **OPTIMISMO**
DE LA LLUVIA
FINA

RAFAEL
SAINZ DE ROZAS
BEDIALAUNETA

COORDINADOR DE ÁREA DEL ARARTEKO

La reflexión sobre el papel del Derecho Penal tras el fin de la actividad de ETA ha llevado a consolidar, de la mano de Sabino Arana Fundazioa, un espacio de encuentro cualificado cuya virtualidad va más allá del contenido y el alcance de sus propuestas. Y es que si todo fin al que se aspire en la cosa pública viene prefigurado, configurado y determinado por los medios utilizados para alcanzarlo, representa un valor en sí mismo que las personas participantes, además de aportar una experiencia acreditada en el Foro, la Academia o la Política, provengan de ámbitos ideológicos y trayectorias vitales tan dispares. Una pluralidad que constituye toda una declaración de intenciones, y que estimula el diálogo abierto y razonado entre diferentes, desde la voluntad de dejarse interrogar por valores comunes de justicia.

El uso de la violencia con fines políticos representa la negación misma de la democracia, y su cese definitivo supuso un logro decisivo que suscitó, en toda la sociedad vasca, una expectativa generalizada de mejora de la convivencia en términos de calidad democrática. Dos años después, la ilusión así generada parece haber dado paso a un cierto escepticismo entre quienes asociaran esa mejora, entre otros factores, con un avance que hasta el momento no se ha producido: la normalización de la respuesta penal al terrorismo, con el fin de superar la excepcionalidad que ha presidido en esta materia la política criminal. Uno de los participantes en el debate, veterano abogado vizcaíno, reflexionaba

El uso de la violencia con fines políticos representa la negación misma de la democracia, y su cese definitivo supuso un logro decisivo que suscitó, en toda la sociedad vasca, una expectativa generalizada de mejora de la convivencia en términos de calidad democrática

sobre este fenómeno parafraseando al pensador y novelista israelí Amos Oz, quien consideraba inevitable que las tragedias terminaran, en la literatura como en la vida, bien a la manera de Shakespeare, con todos los personajes muertos, o bien a la de Chéjov, con los personajes vivos pero escépticos, desilusionados, amargados, melancólicos. Se preguntaba si no sería éste, desde un principio, el destino al que los vivos estuviéramos fatalmente abocados en Euskadi tras la tragedia del terrorismo.

Una analogía lúcida y provocadora, cuyo guante recogía uno de los magistrados intervinientes con un llamamiento a practicar, frente al pesimismo y la desazón, el optimismo de la voluntad. Voluntad que no voluntarismo, pues las propuestas aquí formuladas son razonables y están razonadas a partir de una sólida fundamentación jurídica. Y es que de lo que estamos hablando, como hicieron notar varias de las personas asistentes, no es sino de derechos fundamentales, de su defensa frente a los recortes de que han sido objeto en aras de las políticas antiterroristas, y de su virtualidad para que la derro-

ta del terrorismo sea realmente la victoria de los valores democráticos como principios rectores de la convivencia.

Las líneas que siguen reflejan los términos en que fue expresada esa voluntad por las personas que tomaron parte en el debate. No son una transcripción de sus intervenciones, ni constituyen conclusiones acordadas en el curso de la discusión. Se trata más bien de una síntesis en



torno a los grandes ejes que articulan un discurso compartido, a través del cual esta reflexión, en afortunada imagen de otro de los magistrados presentes, busca ir calando como lluvia fina en los poderes públicos y la sociedad entera.

SISTEMA PENAL Y CONVIVENCIA EN DEMOCRACIA

Tras el anuncio de ETA del cese definitivo de su actividad criminal, y ante la perspectiva de su desaparición definitiva, cobra más fuerza si cabe una idea que los participantes en el debate juzgaban fundamental: que los efectos de la intervención penal han de ser coherentes con los valores de convivencia en libertad en cuya defensa encuentra aquélla su razón de ser.

Se trata con ello de que el Estado democrático de Derecho, además de acabar con la violencia por motivos políticos, gane la lucha por la legitimidad que el terrorismo trataba de poner en cuestión, a través del logro de un consenso básico sobre tres elementos: necesidad de cumplimiento de la pena que ese Estado, legítimamente, asigna a quienes lo han practicado; reconocimiento y reparación del daño producido a las víctimas; y aceptación de las reglas democráticas para la vida política, con exclusión expresa de la violencia.

La solidez de un consenso de este tipo ha de depender, en última instancia, de la calidad democrática del sistema. Calidad que sería necesario reforzar en la medida en que, como señalaron varias intervenciones, la eficacia en la lucha antiterrorista se hubiera conseguido al precio de un deterioro del régimen de derechos y libertades. Como recordaba uno de los magistrados presentes, la superioridad del Derecho se

Los efectos de la intervención penal han de ser coherentes con los valores de convivencia en libertad en cuya defensa encuentra aquélla su razón de ser

La imparcialidad judicial difícilmente puede materializarse cuando los jueces consideran su labor como parte de esa lucha, porque el cometido de un juez no puede ser luchar contra nada, sino interpretar y aplicar la ley a partir de su literalidad, analizando la validez de las pruebas que se le presenten en el marco de los derechos que esa ley reconoce

debe materializar en el respeto a las libertades en cuyo nombre actúa. Y es que un sistema jurídico penal, insistía, no se define por los derechos que proclama, sino por los que sacrifica.

Hablamos en este sentido del sistema penal en su conjunto, pues no se trata sólo de un problema legal: es también una cuestión de prácticas judiciales. En este sentido, una magistrada se refirió al papel que la propia jurisdicción ha tenido en la relativización de los límites del Estado de Derecho en su lucha contra el fenómeno terrorista. Unos límites que, según señaló, en demasiadas ocasiones han sido percibidos como inexistentes. A su juicio, la imparcialidad judicial difícilmente puede materializarse cuando los jueces consideran su labor como parte de esa lucha, porque el cometido de un juez no puede ser luchar contra nada, sino interpretar y aplicar la ley a partir de su literalidad, analizando la validez de las pruebas que se le presenten en el marco de los derechos que esa ley reconoce.

Consideraba que se había sacrificado esa imparcialidad cada vez que el juez, en vez de llevar a cabo de forma escrupulosa ese análisis, había estado dispuesto a encontrar en ellas lo que, en aras de la eficacia en la lucha, buscaba de antemano. Una forma de actuar que identificaba en determinadas actuaciones de la Audiencia Nacional, tanto en la fase de instrucción como en las de declaración y ejecución del derecho.

Fueron varios los magistrados presentes que hicieron hincapié en el coste que esta práctica judicial tiene en términos de derechos, así como en la necesidad de poner en evidencia el discurso que la justifica, pues es el que los medios de comunicación y los poderes públicos han acabado trasladando a la sociedad. Un discurso autoritario del que los intervinientes destacaron tres aspectos:

No se trata de un fenómeno exclusivo de nuestro particular contexto socio-político. Constituye un patrón conocido en todo el mundo, suficientemente documentado en los informes del Relator de las Naciones Unidas para la Defensa de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo. Como comentó uno de los asistentes, el propio Ferrajoli se refirió a ello cuando, al hacer balance de lo que fue la confrontación con el terrorismo en Italia, señaló que “peor que la legislación de excepción fueron las prácticas de excepción de los tribunales”.

Lo que está en juego, en definitiva, es que aún desaparecida la emergencia, permanezca la excepción: que al final lo ordinario en materia de derechos se convierta en excepcional, y que esa excepcionalidad acabe resultando la regla general, hasta acabar normalizando un discurso contrario a cultura de las garantías, que es la propia de la jurisdicción en un sistema penal democrático

Surgido al amparo de la lucha antiterrorista, ha pasado a aplicarse a todo tipo de colectivos a los que interese etiquetar como disidentes. Así se está viendo, según fue denunciado, en relación con la criminalización de la protesta social. Y es que en un momento como el actual, tan importante es que la movilización en las calles se adecúe a los cauces legales, como asegurar que el espacio público permanezca abierto a la expresión de la disidencia, mediante la garantía del ejercicio de derechos tan básicos como los de manifestación, reunión y libertad de expresión. A ello nos referiremos más adelante con cierto detenimiento, al hilo de determinadas prácticas policiales y judiciales.

Lo que está en juego, en definitiva, es que aún desaparecida la emergencia, permanezca

la excepción: que al final lo ordinario en materia de derechos se convierta en excepcional, y que esa excepcionalidad acabe resultando la regla general, hasta acabar normalizando un discurso contrario a cultura de las garantías, que es la propia de la jurisdicción en un sistema penal democrático.

EXCEPCIONALIDAD PENAL Y NORMALIZACIÓN

Es éste el contexto en el que las personas participantes en la discusión sostuvieron la necesidad de que el Derecho penal después del final de ETA estuviera dirigido a la normalización, a prescindir de una excepcionalidad cuyas manifestaciones se agrupaban en tres grandes bloques, coincidentes, y no por casualidad, con tres rasgos clásicos del llamado “Derecho Penal del Enemigo”:

Adelantamiento de las barreras de la protección penal, hasta configurar un ámbito de lo típico de límites tan difusos como el que define las distintas formas de colaboración o apología.

Respuesta punitiva exacerbada, sobre todo para conductas colaterales que resultan inculpas como consecuencia de esa ampliación, y a las que la Ley asigna penas desproporcionadamente altas para el desvalor que representan.

Relativización o supresión de garantías, cuyos máximos exponentes acaso hayan sido los cierres de los diarios Egin y Egunkaria, así como el régimen de incomunicación y la falta de investigación efectiva de las denuncias de maltrato o tortura que se han formulado.

LA POLICÍA EN EL PAPEL DEL JUEZ: LAS PRUEBAS DE INTELIGENCIA POLICIAL

Al hacer referencia al primero de los puntos expuestos, los distintos intervinientes señalaron dos aspectos: por un lado, que ello va en detrimento del principio de taxatividad al que ha de ajustarse la ley penal; por otro, que propicia la



criminalización de conductas que debían entenderse amparadas por los derechos a la libertad ideológica y a la participación política.

Mostraron en este sentido su coincidencia con uno de los puntos abordados por el profesor Mira en su ponencia: la criminalización de la sociedad civil a la que se sitúa, con mayor o menor fundamento, en el entorno de la Izquierda Abertzale. Una vez más, la reflexión al respecto no sólo se planteó a nivel jurídico sustantivo y procesal, sino también como una cuestión de prácticas judiciales que sería preciso revisar.

Dicha criminalización se asienta sobre la base de una idea central, un relato elaborado por la Administración a través de los informes de los servicios policiales de inteligencia, y que plantea la teoría del desdoblamiento: en un determinado momento, ETA decide constituir una serie de frentes que formarían parte de la sociedad civil, y que formarían parte de su estrategia.

La validez en términos históricos de esta hipótesis fue cuestionada por uno de los profesores universitarios presentes, para el que dicha estrategia ha constituido un tema principal de investigación a lo largo de los años. El desdoblamiento, afirmó, es una tesis de ETA político militar del año 76, a partir del cual se crea EIA, que después daría paso a Euskadiko Ezkerra. ETA político militar es una organización que desaparece en el año 95 y Euskadiko Ezkerra hoy en día forma parte del PSE. Respecto de la organización ETA militar, en el año 74 plantea su retirada de la vida política, haciendo un llamamiento a grupos de la sociedad civil para que se organice para defender ciertas posturas. Ese llamamiento no trae consigo una inducción ni una situación de subordinación de las organizaciones civiles a ETA, y de hecho así surgen organizaciones como KAS y, por último, Herri Batasuna en el año 1978. La teoría del desdoblamiento constituye por ello, concluyó, una absoluta tergiversación de los hechos, ade-

más de dar lugar a la incomprensible divergencia de trayectorias, planteada por el ponente, entre la ilegalización y la criminalización: mientras el abandono por ETA del terrorismo ha traído consigo el fin de la ilegalización de las organizaciones civiles de la Izquierda abertzale, no ha dado lugar a la descriminalización de las personas que forman parte de esas organizaciones. Esto ha tenido como consecuencia que estén en prisión personas como Otegi y otras que, como él, jugaron desde ese ámbito político un papel determinante para convencer a ETA de que abandonara el terrorismo, una situación que se puede multiplicar a raíz de los macroprocesos anunciados para otoño contra el mismo entorno.

En cuanto a la validez de estas pruebas como apoyo de la acusación, la cuestión fue abordada por diversos magistrados: hicieron notar que estos informes sólo podrían tener un valor incriminatorio en la medida en que constituyeran relatos de hechos sobre los que el juez, partiendo de la duda, pueda despejarla utilizando la herramienta que representa el proceso penal. Los hechos del Derecho penal son, afirmaban, mucho más sencillos en principio: el homicidio, el robo, conductas en las que existe una persona individual a la que se le imputa el crimen; existen en su caso conductas colaterales, cómplices, encubridores.

Son hechos que generalmente dejan vestigios, es decir las pruebas, y sobre los que por tanto se puede trabajar reconstruyendo la realidad con las declaraciones de los testigos, o buscando las huellas en el lugar del crimen. Y son hechos de cara a cuya constatación, y esto ha de destacarse, metodológicamente tiene una importancia decisiva la duda.

Siempre que se realiza una investigación contra una persona, un elemento esencial en el trabajo judicial es la posibilidad de que no haya cometido los hechos que se le imputan, así como el encaje que éstos puedan tener en el ejercicio de determinados derechos. Por eso cabe hablar

Mientras el abandono por ETA del terrorismo ha traído consigo el fin de la ilegalización de las organizaciones civiles de la Izquierda abertzale, no ha dado lugar a la descriminalización de las personas que forman parte de esas organizaciones

del proceso como espacio de conflicto, en el que ambas posibilidades han de permanecer metodológicamente abiertas para que el fallo, analizando las evidencias y argumentos aportados en apoyo de las tesis de cada parte, razone si cabe apreciar o no la culpabilidad más allá de toda duda razonable.

Por el contrario, este tipo de herramientas no sirven para demostrar una afirmación como la que hemos enunciado como elemento central del relato sobre la trama civil al servicio de ETA. ¿Quién lo decidió? ¿Cuándo lo decidió? ¿Hubo una decisión concreta o fue el resultado de un proceso? En realidad, al trabajar de este modo se está formulando lo que podríamos llamar una hipótesis histórica: los jueces se convierten en historiadores, pero al establecer como cierta esa hipótesis, de la que se derivarán múltiples imputaciones individuales, no actúan ni con el método judicial ni con el método histórico. Utilizan, y así lo han aceptado tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, un método especial: la denominada prueba pericial de inteligencia policial. El Tribunal Constitucional, por su parte, no se ha pronunciado explícitamente al respecto porque siempre ha evitado esta cuestión, a pesar de que ha tenido casos en los que el elemento nuclear de la impugnación era la validez y relevancia de este tipo de pruebas. Unas pruebas que deben ser deconstruidas como herramientas del proceso, por constituir un fraude:

Primero porque en realidad se trata de hacer un acopio de información y de interpretarla. Desde el punto de vista de la prueba, estamos ante una prueba referencial. Se manejan múltiples informaciones: el lugar en que fue visto un sujeto en un determinado día, el documento que se encontró en la realización de tal registro, lo que declaró alguien en otro proceso que no tiene nada que ver... Todo esto forma parte de un paquete que le es presentado al juez en un juicio, pero el juez nunca está en relación directa con la fuente

“Nosotros los jueces -se dijo en el debate- tenemos la responsabilidad de que esto haya sido así, y también tenemos la responsabilidad de impedir que continúe pasando”

de prueba, porque en realidad todo se le da a través de la declaración referencial del analista de inteligencia policial. Desde ese punto de vista, es difícilmente admisible como herramienta para la averiguación de hechos concretos.

Pero además incorpora otro déficit, porque no se trata de un acopio de información que es presentado al juez, sino que estamos ante una parte de toda la información recabada, que ha sido seleccionada precisamente en la medida en que sirva para confirmar la hipótesis. En consecuencia, prescindimos absolutamente de la duda como herramienta metodológica esencial para llevar a cabo ese contraste.

Por último, por medio de este tipo de prueba, la Administración no solo expone al juez una información referencial y seleccionada, sino que además le sustituye en el análisis y en la obtención de las conclusiones.

LA VIA EXPANSIVA DE LA EXCEPCIONALIDAD: CRIMINALIZAR LA DISIDENCIA

“Nosotros los jueces -se dijo en el debate- tenemos la responsabilidad de que esto haya sido así, y también tenemos la responsabilidad de impedir que continúe pasando”. Quienes así se expresaban denunciaban, además, que la excepción tiende a generalizarse: este tipo de pruebas, que se comenzaron a utilizar en los supuestos de delincuencia organizada y en los delitos de terrorismo, fundamentalmente para probar la integración o la colaboración a partir de un relato como el que ha sido descrito, se han generalizado en el momento actual a todos los delitos de base asociativa que se imputan a las personas participantes en diversas movilizaciones sociales.

Como ejemplo de lo que antecede fue mencionado un recurso que se había visto, pocas semanas antes, en el tribunal del que formaba parte



uno de los intervinientes. Éste relató cómo se trataba de un grupo de indignados que habían sido disueltos por la policía, y la cuestión que se planteaba era la licitud de esa injerencia en el derecho de reunión. Además, en este caso se planteaba una cuestión ciertamente curiosa, y es que la policía no se limitó a disolverles, sino que todos ellos fueron identificados cuando, posteriormente, se encontraban reunidos en asamblea en un parque. La identificación parece en principio una cuestión banal, en la medida en que la policía está facultada a reclamarla en los términos de la Ley de Seguridad Ciudadana. Los miembros del tribunal tenían sin embargo la sospecha, por otros casos, de que en realidad la finalidad de esa identificación iba más allá de comprobar si el sujeto está reclamado. Y es que al transmitirse sus datos a tales efectos, existe el riesgo de que pudiesen asentarse en una base de datos policial que, con posterioridad, podrá ser utilizada para la elaboración de los análisis de inteligencia a los que nos referimos. En este caso, los jóvenes así identificados están siendo sometidos a un control ideológico, de manera que su presencia en ese lugar, llegado el caso, podrá ser utilizada junto a otros datos que puedan irse incorporando a las bases policiales, para la elaboración de estos análisis.

La penetración en el proceso de este tipo de informes, hasta el punto de constituir el elemento nuclear en casos de ilegalización y de criminalización del entorno social del terrorismo, va en detrimento de la calidad democrática del sistema, y en ese sentido forma parte de las prácticas de las cuales debería prescindirse, por responsabilidad institucional, al haberse producido el fin de ETA. Se trata con ello, en palabras del magistrado que exponía el caso, de recuperar el

Si de algo adolecen las penas por terrorismo una vez que la organización que lo practicaba ha abandonado su actividad, es de falta de virtualidad preventiva, y en particular en relación con la prevención especial

La connotación de olvido e impunidad, en todo caso, hacen difícilmente viable acudir al indulto, y menos aún a la amnistía. Sus efectos, sin embargo, podrían alcanzarse aplicando criterios de igualdad

proceso como es en su sentido originario: un proceso apto para personas que son capaces de escuchar a los testigos, y de enfrentarse a las pruebas, como cualquier ciudadano sería capaz de hacerlo en el juicio penal por antonomasia que es el del jurado.

LA FINALIDAD PREVENTIVA DE LA PENA

La segunda de las características propias del “derecho penal del enemigo” que, como se ha expuesto, atribuían las personas intervinientes a las penas impuestas por terrorismo y conductas colaterales, es la de la exacerbación punitiva: resultan desproporcionadamente altas en relación con las que se imponen por hechos similares no cometidos en ese contexto.

Partiendo de esa base, los participantes en el debate señalaban que, si de algo adolecen las penas por terrorismo una vez que la organización que lo practicaba ha abandonado su actividad, es de falta de virtualidad preventiva, y en particular en relación con la prevención especial. En el caso de los miembros de ETA, su peligrosidad vendría dada por su pertenencia a una organización que practica la lucha armada. Abandonada ésta, disminuye radicalmente la probabilidad de que incurra de nuevo en delito, lo que incide directamente sobre una de las finalidades que el derecho asignaba a la pena legalmente prevista para sus actos.

Naturalmente, no es posible dejar de lado consideraciones de justicia y retribución asociadas a la pena, pues la finalidad preventiva no es la única que debe tenerse en cuenta a la hora de individualizarla. Su falta de contenido preventivo, en cualquier caso,

debería constituir un elemento a considerar en las distintas fases de esa individualización. A ello se refirieron varios de los profesores universitarios participantes, que recordaron el modo en que este aspecto fue tenido en cuenta en el proceso que se produjo después de la 2ª guerra mundial en Alemania.

La discusión giró en este punto en torno a dos cuestiones en particular:

El indulto, una vía que, tal como está regulada en España, está abierta a la arbitrariedad. Se echa de menos, en este sentido, una mayor exigencia de motivación: debería explicarse por qué no hay problema en otorgárselo a un banquero, mientras es tradicionalmente descartado para los casos de terrorismo por gobiernos de uno y otro color. Lo cierto, por otra parte, es que la vía del indulto no sólo se ha utilizado con personas condenadas por terrorismo en el contexto europeo reciente -particularmente en el caso de Irlanda del Norte- sino que las estadísticas muestran cómo también en España se ha indultado a terroristas en los últimos veinte años. Y retrotrayéndonos a la época de la disolución de ETA político-militar, sus presos recibieron indultos a iniciativa de un gobierno tan poco sospechoso como el de UCD.

La connotación de olvido e impunidad, en todo caso, hacen difícilmente viable acudir al indulto, y menos aún a la amnistía. Sus efectos, sin embargo, podrían alcanzarse aplicando criterios de igualdad. Teniendo en cuenta la extrema severidad de las penas que en este momento cumplen las personas condenadas por hechos relativos a la actividad de ETA, tendría efectos beneficiosos una modificación normativa que posibilitara su equiparación con las penas que se les habrían impuesto por esos mismos hechos si no hubieran tenido carácter terrorista. Los efectos retroactivos de un cambio legislativo de este tipo, combinados en su caso con indultos parciales en atención a la menor peligrosidad, contribuirían a avanzar en la línea correcta.

Fueron varios, no obstante, los expertos que mostraron su escepticismo ante la posibilidad de una modificación legislativa en el sentido expuesto. En este momento, se decía, es altamente improbable que cualquier reforma parlamentaria que se plantee en el orden penal, sea cual sea la materia, no vaya en un sentido regresivo-represivo. No hay más que ver la impronta del populismo punitivo en la última reforma del Código Penal: penas más grandes, por lo tanto más policías, en cualquier caso más condenados y más gente en prisión.

LA PENA EN FASE DE EJECUCION

Ello llevó a los presentes a debatir las posibilidades de que fuera en fase de ejecución, caracterizada por la relevancia del principio de reinserción, donde el fin de la actividad de ETA tuviera como consecuencia la superación de la excepcionalidad en esta materia.

La fase anterior, se señaló, es la de declaración del derecho por los tribunales. Lo que procede en ella es continuar los procesos que estén abiertos, con arreglo a la normativa vigente. Acumular las pruebas correspondientes, celebrar los juicios orales y dictar la sentencia.

No hay margen en esta fase para un Derecho Transicional: el Derecho es el Derecho vigente y hay que declararlo, con todas las garantías, sea cual sea la resolución. No cabe la ingeniería jurídica para eludir la aplicación de la ley, lo cual es también aplicable a los casos no resueltos que estén prescritos.

Ahora bien, en una fase posterior viene la ejecución de lo declarado. Es ahí donde, sobre la base del principio de reinserción, existe un amplio margen de actuación, tanto en el ámbito administrativo penitenciario como en el jurisdiccional, para remover los obstáculos que impiden, en este momento, que los presos de ETA cumplan sus

No hay más que ver la impronta del populismo punitivo en la última reforma del Código Penal: penas más grandes, por lo tanto más policías, en cualquier caso más condenados y más gente en prisión

condenas de acuerdo a los criterios generales y universales. Se apuntaban las mismas ideas expuestas más arriba en relación con la incidencia que debía otorgar, a efectos de individualización de la pena en las fases legislativa y judicial, al fin de la acción de ETA. Se insistía en el reflejo que esta circunstancia ha de tener en el pronóstico de peligrosidad de sus presos, así como en la relevancia de ese pronóstico, en fase de ejecución, a efectos de permitir su acceso a las condiciones de vida que mejor favorezcan su reinserción, entendida como la capacidad de vivir sin incurrir en nuevos delitos. Son cuatro los aspectos sobre los que incidieron las intervenciones al respecto:

Que cumplan su condena en cárceles próximas a sus lugares de origen, lo que se reclamaba desde tres perspectivas distintas: por un lado, en aras de su reinserción social; por otro, por acabar con los efectos negativos, costes y riesgos que el alejamiento comporta para familiares y amigos, que no son justificables de ningún modo y que son perfectamente evitables en la actual situación; por último, se decía, si la dispersión, como parece, no ha contribuido significativamente a erosionar la disciplina del grupo, llegando a reforzarla en ocasiones en clave de victimización, el acercamiento a Euskadi, y su concentración en determinados lugares, puede favorecer un debate y una interlocución que, a juicio de varios de los presentes, facilitaría el proceso de paz y normalización tanto dentro como fuera de las prisiones.

Que la jurisdicción de vigilancia penitenciaria sea devuelta a la judicatura vasca. Su centralización en la Audiencia Nacional representó en su día una expresión de la excepcionalidad, cuya reversión resulta hoy tan oportuna como factible.

Que la Administración penitenciaria facilite la aplicación de las normas legales que prevén la excarcelación, con las cautelas que sean necesarias, de los internos que padezcan enfermedades

graves e incurables, sin exigir para ello, porque no lo exige la ley, que el desenlace de esa enfermedad sea más o menos inminente.

Que su clasificación penitenciaria se rija por el pronóstico individualizado de sus posibilidades de llevar una vida en libertad sin delinquir, de manera que puedan acceder al régimen de vida que resulte más indicado, en cada caso, para favorecer sus itinerarios de inserción social, laboral y familiar. En relación con este punto, se señaló que no hay contradicción entre el hecho de que los presos adopten sus decisiones colectivamente y la atención a las circunstancias de cada cual a efectos de adoptar las medidas que mejor favorezcan su reinserción.

Además de lo discutible que resulta inferir la peligrosidad de un preso de su antigua pertenencia a una organización, no parece razonable que su pronóstico criminal sea el mismo una vez que ésta, habiendo practicado la violencia terrorista, ha renunciado definitivamente a ella. Se recordó, por otra parte, que si bien los presos de ETA no son presos políticos, porque no han sido encarcelados por sus ideas sino por sus hechos, estamos ante una delincuencia por convicción, que no obedece tanto a intereses ni a circunstancias personales como a su adscripción ideológica a los postulados de una organización.

La peligrosidad de sus miembros, por tanto, no vendrá determinada tanto por lo que puedan declarar individualmente sobre su renuncia a la actividad delictiva pasada, como por la renuncia de la organización terrorista a continuar con ella en el futuro. Y en el mismo sentido, el hecho de que las iniciativas de los presos sean colectivas no debe ser visto necesariamente como una amenaza de que persista su peligrosidad criminal, pues constituye una oportunidad para que la presión del grupo contribuya a la asunción, por parte de todos y cada uno de sus miembros, de que esa actividad ha terminado para siempre.

También en relación con la ejecución penal, varias de las personas intervinientes insistieron

La Administración penitenciaria debe facilitar la aplicación de las normas legales que prevén la excarcelación, con las cautelas que sean necesarias, de los internos que padezcan enfermedades graves e incurables, sin exigir para ello, porque no lo exige la ley, que el desenlace de esa enfermedad sea más o menos inminente

por último en el apoyo social y político que merece, y que no siempre ha recibido, el rechazo público de la violencia por parte de personas condenadas por hechos relacionados con ETA, así como la actuación de los responsables administrativos y los profesionales que hicieron posible la llamada vía Nanclares. Se señaló al respecto la relevancia de que personas que han practicado la violencia decidan convertirse en agentes políticos de su deslegitimación, así como el injusto precio que tuvieron que pagar por ello: como recordó uno de los letrados que acompañó el proceso, resulta criticable que no fueran incluidos en el Acuerdo de Gernika, cuya importancia es indiscutible en el proceso que condujo al abandono de la violencia por parte de ETA, como consecuencia del veto impuesto por los presos adscritos a su disciplina.

RELATO, MEMORIA Y DES- APARICION DE ETA

Por su virtualidad para desbloquear la situación hasta aquí descrita, varios de los participantes hicieron referencia a la importancia de la memoria, de un relato sobre el pasado que, conformado de manera prospectiva, suscite la voluntad política necesaria para avanzar en todos los sentidos que se han apuntado.

La elaboración de ese relato, sin embargo, tiene la dificultad de que no podría limitarse a una relación más o menos compartida de acontecimientos, en la medida en que éstos no son moralmente neutros: nos hablan del sufrimiento causado por unas personas a otras, y del modo en que ello ha condicionado en Euskadi, y sigue condicionando, la convivencia en libertad. Por eso, a la hora de explicarlo aparece inevitablemente, más allá de las responsabilida-

des jurídicas, la cuestión de la culpa. Una cuestión que Jaspers proponía abordar, al analizar los problemas filosófico-políticos que planteaba en su propio país el paso de la dictadura a la democracia, distinguiendo entre culpa penal, moral, política y metafísica.

Una discusión de semejante calado merecería, sin duda, su propio espacio de reflexión. En cualquier caso el presente foro, cuyo objeto de discusión era otro, no dejó de abordar algunas de sus dimensiones más significativas:

La memoria debe asentarse sobre el reconocimiento de la vigencia del orden jurídico. Ahora bien, su aceptación más allá de la pura coerción requiere la reconstrucción de un consenso moral en torno al mismo, lo que solo será posible en la medida en que el sistema que aplica ese orden no sea cuestionado moralmente

La memoria debe asentarse sobre el reconocimiento de la vigencia del orden jurídico. Ahora bien, su aceptación más allá de la pura coerción requiere la reconstrucción de un consenso moral en torno al mismo, lo que solo será posible en la medida en que el sistema que aplica ese orden no sea cuestionado moralmente. Es decir, no basta con que todos acepten la vigencia de los derechos a la vida o a la integridad física y moral, por ejemplo, como elementos fundamentales sobre los que asentar la convivencia: se trata de que exista un consenso sobre la voluntad y la validez del sistema para garantizar ese derecho.

la falta de abordaje del problema de la tortura, de su práctica y de la falta de efectividad de su prevención e investigación en democracia, permanece como una dificultad de primer orden para la reconstrucción del consenso moral al que nos referíamos

Directamente ligada con lo anterior, la falta de abordaje del problema de la tortura, de su práctica y de la falta de efectividad de su prevención e investigación en democracia, permanece como una dificultad de primer orden para la reconstrucción del consenso moral al que nos referíamos. Se trata de un problema real, que viene motivando constantes condenas a España en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como informes enormemente críticos por parte de las distintas instancias internacionales de prevención.



Ha de reivindicarse el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, superando el papel al que tradicionalmente las ha relegado el proceso penal. En este sentido fueron unánimemente elogiados, por su trascendencia en términos de justicia restaurativa, los encuentros que mantuvieron con sus víctimas algunas de las personas presas que habían rechazado públicamente la violencia. Tales derechos, en todo caso, no implican que las víctimas deban marcar la política criminal, como en demasiadas ocasiones ha sucedido con gobiernos de uno y otro signo.

Por último, y aunque su tratamiento haya de ser específico y enfocarse desde una perspectiva eminentemente práctica, la propia disolución de ETA fue abordada por varios de los participantes en relación con la superación de la excepcionalidad en el tratamiento penal y penitenciario del terrorismo.

La pregunta de partida era por qué ETA no se disuelve tras la declaración de Aiete. La razón, en principio, es que en ella se dice que ETA tiene que discutir las consecuencias del conflicto con los estados. Pero esa expectativa resulta ser falsa, pues el estado parece haber optado por no moverse, a la espera de que el problema se resuelva por sí mismo, después de que las condiciones para la paz, como pusieron de manifiesto varios participantes, se hayan ido rebajando hasta el punto de no ser siquiera paz por presos, sino paz por legalización política de la izquierda abertzale.

Ello genera una situación en la que paradójicamente, tanto la postura del gobierno como la de ETA parecerían responder a una elección racional. El gobierno entiende que, ya que no existe conflicto, no tiene por qué habilitarse ninguna medida de resolución del mismo. Simplemente se ha producido la derrota de una organización terrorista, sobre cuyos miembros ha de caer el peso de la ley. Ese peso será más leve en la medida en que se levante la excepcionalidad que se les aplica, lo que en ningún caso sucederá antes de que su organización se disuelva. Ante esta tesitura, ETA se plantea si efectivamente su disolución puede dar lugar a una cierta flexibilidad en las medidas de política penitenciaria, o si por el contrario el gobierno se va a sentir todavía más fuerte para extremar esas medidas excepcionales represivas respecto de sus presos, la gran mayoría de los cuales ven en la actitud del gobierno la confirmación de esta última postura.

Siendo ésta la situación, se hace necesario retomar la idea con la que comenzaba el debate: frente al cálculo de costes y beneficios, se trata de reivindicar los derechos. Los mismos que resultan violados por el uso de la violencia al servicio de objetivos políticos, y cuya defensa pasa tanto por condenar radicalmente esa violencia como por reivindicar, frente a toda excepcionalidad penal, los principios garantistas que están en la base de nuestra cultura jurídica democrática.

