

# **Delitos de terrorismo, cumplimiento de pena y separación de poderes: el caso “De Juana Chaos”**

**Autora:** Prof<sup>a</sup>. Dra. Victoria García del Blanco  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

## **Resumen**

Los acontecimientos analizados desde un punto de vista jurídico penal, han monopolizado la actualidad del país durante meses y acelerado progresivamente la crispación social: declaraciones políticas contra su excarcelación, artículos en GARA, las diferentes calificaciones de la Fiscalía, reacciones judiciales —desde la inicial desestimación a la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional, finalizando con la condena del Tribunal Supremo y su cambio de perspectiva—, para acabar con el polémico cumplimiento atenuado de la pena. Se ha tratado de realizar un análisis crítico de las diferentes resoluciones desde la perspectiva jurídica del sistema de garantías constitucionales, liberado de condicionantes políticos.

*Palabras clave:* Terrorismo, amenazas, pertenencia y colaboración con banda armada, ejecución de pena.

## Abstract

The media has paid attention every day during the past months, increasing the social tension, to these events that are now analysed from a criminal law point of view: political testimonies against the order to release him from prison, press articles in GARA, different reports from the Public Prosecutor Office, judicial reactions—from the initial dismissal to the conviction Judgment issued by the National Court and to the condemn of the Supreme Court and its change of mind-, ending with the controversial diminished execution of the punishment. This article carries out a critical anylisis of the different resolutions from the juridical point of view of the constitutional guarantees, without taking into account any political determining factor.

*Palabras clave:* terrorism, threats, membership and collaboration with a terrorist group, hunger strike and punishment execution

Recibido: 22.06.07

Aceptado: 10.07.07

---

## I. Introducción

En pleno siglo XXI deberían resultar anacrónicas ya este tipo de situaciones que, sin embargo, parecen seguir poniendo a prueba la consistencia de las instituciones democráticas al enfrentarlas con “retos” tales como el efectivo cumplimiento de la ley o la aplicación del sistema de garantías, “incluso” a aquellos que han infringido la norma, por grave que sea esa infracción. La politización de las diversas circunstancias del caso De Juana Chaos, el clima de crispación social creado entorno auspiciado por la proliferación de informaciones, muy poco precisas en muchos casos cuando no directamente falsas, la fuerte carga emocional que existe en torno al problema de la puesta en libertad de asesinos irredentos, la influencia social de las asociaciones de víctimas en delitos de terrorismo<sup>1</sup>, agravan las dificultades con las que nos hemos

---

<sup>1</sup> Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, “El nuevo modelo de política criminal”, *Jueces para la Democracia*, noviembre, 2006, p. 22, pone de manifiesto un nuevo fenómeno social, preocupante en un Derecho penal que trata de regir las relaciones entre el Estado y el delincuente: “el nuevo protagonismo adquirido por las víctimas de los delitos... El papel de las víctimas está siendo especialmente sobrevaluado en los delitos relacionados con el terrorismo, respecto de los cuales su influencia ha sido, y es, tanta que han determinado, incluso, la legislación —especialmente en relación con la ejecución penal—, y pretenden, en concreto, “pilotar” el proceso de paz con la banda ETA; su ascendiente, también desde un punto de vista político, está experimentando un crecimiento que parece imparable —especialmente como consecuencia de la manipulación política de la que están siendo objeto—, y tratan de imponer desde las líneas generales de actuación frente a la violencia terrorista o en relación a las formas de terminación, de posible cierre, del conflicto terrorista, hasta la política de nombramientos de responsables de la lucha contra el terrorismo; lo que no parece, no es, aceptable. Es decir, no es admisible que la sociedad española salga de la “cárcel” del terrorismo y se introduzca ahora en la “prisión” construida por las víctimas del terrorismo, y se termine creando un “Parlamento” paralelo en materia de terrorismo que se

debido enfrentar desde un inicio, aun tratando de centrarnos únicamente en el análisis de los problemas de naturaleza jurídico penal.

Y aun así, únicamente ese análisis conllevaría un estudio en profundidad de aspectos que afectan prácticamente a todos los ámbitos relacionados con el Derecho Penal y que evidentemente desbordan los límites de este trabajo: cuestiones que afectan directamente a los fundamentos del Derecho penal, los fines de la pena y el sistema de derechos y garantías que los sustenta y los limita (principio de *non bis in idem*, el principio de irretroactividad penal, etc); numerosos y peliagudos problemas de Parte general: problemas de imputación objetiva al determinar la peligrosidad *ex ante* de la conducta para lesionar el bien jurídico protegido en delitos de terrorismo en este caso, *iter criminis*, concepto de acción incluso, pero, sobre todo, problemas claves de determinación de pena y concurso de leyes y de delitos; también aspectos propios de la Parte especial como el análisis del delito de asociación ilícita —problemas de bien jurídico, delitos permanentes, relaciones concursales—, los delitos de terrorismo, tanto la pertenencia como la colaboración o el enaltecimiento, las amenazas o los delitos de injurias y calumnias. Asimismo nos exigiría profundos conocimientos de Derecho penitenciario que nos permitan abarcar los modos y fines de la ejecución de la pena. Y, por si no nos pareciera ya suficiente, un repaso exhaustivo a los siempre apartados, y no por ello menos relevantes, problemas procesales.

Sin embargo, mis objetivos son mucho más modestos, limitándome a un análisis en orden cronológico de los hechos jurídico-penalmente relevantes del caso.

## II. El cumplimiento de la condena impuesta

Desde 1985 hasta la desarticulación en enero de 1987 el Comando Madrid, Iñaki De Juana Chaos participó en once atentados terroristas que le costaron la vida a 25 personas<sup>2</sup> y por los que fue condenado a la mayor pena impuesta hasta entonces en España: 2.232 años de cárcel, por la refundición de diferentes condenas, entre otras, la de 489 años de cárcel por el atentado contra un furgón de la Guardia Civil en la Plaza de la República Argentina de Madrid y la de 378 años por el atentado de abril de 1986 en el que murieron cinco miembros de la Benemérita.

---

comportaría de acuerdo a unas normas necesariamente “extrañas” a nuestro Ordenamiento”. Sin embargo, en mi opinión, las tintas no deben cargarse contra los grupos de presión sociales que, en definitiva, intentan conseguir objetivos particulares más o menos lícitos dependiendo de la perspectiva que adoptemos, sino contra los diferentes órganos de la Administración del Estado, del Legislativo o del Judicial que pudieran responder a dicha presión. Debemos destacar en este sentido el rendimiento electoral que parece esperarse de la legislación penal o de determinadas políticas penitenciarias.

<sup>2</sup> En junio de 1986, interviene en el ametrallamiento de un automóvil del Ejército de Tierra, causando la muerte del Comandante Ricardo Sáenz de Ynestrillas, del Teniente Coronel Besteiro Pérez y del soldado Casillas Martín. Un mes más tarde, el 14 de julio de 1986, participaba con el Comando en otro atentado contra un convoy de la Guardia Civil en la plaza de la República Dominicana en Madrid, haciendo estallar un coche bomba y segando la vida de doce guardias civiles, resultando heridas además otras sesenta personas. Igualmente se le imputa otro atentado en la Calle Juan Bravo de Madrid en el que murieron cinco agentes de la Guardia Civil.

Hasta la nueva doctrina sentada por el Tribunal Supremo en materia de refundición de condenas<sup>3</sup>, se entendía que todas las penas se refundían en una sola asumible en términos constitucionales, y que venía a coincidir con el tiempo máximo de estancia en prisión. En el caso de De Juana Chaos supuso la refundición en una pena de 30 años de prisión. Actualmente parece que el escenario ha cambiado ya que se discute la naturaleza de dicho límite máximo<sup>4</sup>.

## II.1. El sistema de determinación judicial de la pena del Código Penal de 1973

Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el Constitucional y también el Supremo realizaron una profusa y fundamental relectura de la legislación vigente hasta ese momento para adecuarla a las necesidades del Estado Democrático de Derecho. Sin embargo, esto no podía suponer el incumplimiento de las disposiciones penales y penitenciarias en materia de penas, cuya modificación exigía necesariamente la intervención del legislativo, que no se produjo hasta 1995, por lo que continuaron en vigor las disposiciones del Código Penal de 1973 —que recogía la regulación del Código penal de 1944— en materia de redención de penas, y con carácter complementario la regulación contenida en el Reglamento de Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956<sup>5</sup>, sobre, por ejemplo, la definición de los comportamientos que podían ser entendidos como “mala conducta” y que tenían un inevitable reflejo en la duración total de la condena a extinguir por el reo.

La determinación y la ejecución de la pena por los hechos cometidos hasta 1987 por De Juana se sometieron a lo dispuesto en dicho texto legal. Pero es que además, contrariamente a lo que podríamos pensar de la legislación penal y penitenciaria propia de una dictadura como la franquista, en materia de cómputo de penas resul-

---

<sup>3</sup> STS 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Vid, sobre este tema, CUERDA RIEZU, “El concurso real y la acumulación de penas en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, VII-2006, pp. 215-296.

<sup>4</sup> De un lado, los que sostenemos que se trata de una pena autónoma, producto de la refundición de todas las anteriores y que es la que finalmente el reo ha de cumplir. De otro están los seguidores de la nueva doctrina, que afirman que no se trata de una nueva condena diferenciada, sino del tiempo máximo que se puede estar en prisión. La diferencia es, a primera vista, bizantina. Sin embargo nada más lejos de la verdad. Si consideramos la restricción de 30 años como un mero límite, las reducciones eventuales de cada condena se realizarán sobre cada una de ellas de forma individual. Es decir que las reducciones pertinentes se despliegan no sobre dicho marco de 30 años, sino de cada una de las condenas impuestas individualizadas, que se verán reducidas y cumplidas consecutivamente hasta que el reo cumpla un total de tres décadas internado en un centro penitenciario. La interpretación disímil de este precepto es la causa directa de la división de la doctrina jurídica, entre los que apoyan al Tribunal Supremo que hace una lectura restrictiva en relación a los beneficios que despliega de cara al reo, y quienes sostenemos que dicha relectura va más allá del marco constitucional.

<sup>5</sup> Sobre, por ejemplo, la definición de los comportamientos que podían ser entendidos como “mala conducta” y que tenían un inevitable reflejo en la duración total de la condena a extinguir por el reo.

taba sustancialmente menos severo que el actual Código penal<sup>6</sup>. De hecho, el máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad se establecía en treinta años, frente a los cuarenta que se recogen en el texto actual como máximo absoluto.

Además la aplicación de los beneficios penitenciarios se llevaba a cabo de manera casi automática, siempre y cuando el reo no se mostrara díscolo y protagonizara altercados o escenas que pudieran ser consideradas como mala conducta<sup>7</sup>, por lo que, aplicando el art. 100 CP<sup>73</sup>, en tanto que la pena impuesta resultara superior al mes, el reo podía beneficiarse de la reducción automática de un tercio de su condena. Asimismo podían conseguirse beneficios extraordinarios en virtud a especiales condiciones de penosidad o de destacados esfuerzos del reo por su reinserción<sup>8</sup> y alcanzar la libertad condicional una vez cumplido un tercio de la condena (arts. 98-99 RP).

A consecuencia de la aplicación de este sistema, la condena impuesta a De Juana se materializa en el cumplimiento en régimen de privación de libertad de 18 años<sup>9</sup>. En todo caso, como reitera el Voto Particular de Giménez García a la STS 149/2007, “reflexión básica de pedagogía judicial, recordando y reiterando obviedades que pueden haber quedado oscurecidas por el calor, la alarma y la desmesura con que el tema ha sido tratado por amplios sectores de la ciudadanía”, la condena impuesta ha sido cumplida<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Sólo la pena de muerte podía suponer una diferencia, en este caso realmente significativa, indicativa de una mayor dureza sancionadora. Con respecto a este punto, la reincorporación de la pena capital se llevó a cabo mediante Ley de 5 de julio de 1938, poco tiempo después de terminada la guerra civil, cuando el Estado franquista requería de una demostración de fuerza máxima para imponer un control férreo sobre los rescoldos de la Segunda República, que previamente la había abolido. La exposición de motivos de ésta ley es manifiesta y meridianamente clara al respecto: “por un sentimentalismo de notoria falsía, y que no se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero, fue cercenada de la escala general de las penas, eliminándose de ella en el Código Penal de la nefasta República, la de muerte”. El Código Penal de 1944 contemplaba la pena de muerte, así como también lo hacía el Código de Justicia Militar de 1945, amén de otras regulaciones como la Ley Procesal y Penal de la Marina Mercante de 1955, la Ley Procesal y Penal de navegación Aérea de 1964, y muy particularmente en el Decreto de Prevención del Terrorismo de 1975. El procedimiento de ejecución, en los casos de la jurisdicción castrense, era el fusilamiento. Hasta bien entrado el siglo XX, para las demás el método empleado era el tristemente célebre método del garrote vil. Una vez entró en vigor la actual Contusión Española, la pena capital quedó expresamente prohibida en su artículo 15 (con la excepción de los casos contemplados en las leyes penales militares para tiempo de guerra, que vieron su fin en los primeros años de la década de los 90).

<sup>7</sup> Las elevadas cifras de población reclusa tras la Guerra Civil suponían un enorme problema para el Régimen que trataba de aliviarlo de esta manera.

<sup>8</sup> Vid. ar. 71 del Reglamento Penitenciario de 1956 que concedía al penado la reducción de 75 días por año cuando se prestaba a realizar acciones como donaciones de sangre y esfuerzos físicos diversos; la reducción podía llegar a los 175 días al año cuando se daban condiciones de especial laboriosidad, disciplina y notable esfuerzo laboral.

<sup>9</sup> Iñaki de Juana redimió, según cómputo provisional 4.350 días de condena (más de 11 años), entre los que se encuentran, según se ha criticado en diferentes medios de comunicación, 20 días de cada trimestre en que estuvo matriculado en un curso de formación de la UNED que no realizó.

<sup>10</sup> “Con independencia de los legítimos sentimientos u opiniones que provoca tanto su sanguinario historial como su heladora impiedad exteriorizada en su autocomplacencia, ha de declararse que cumplió la pena que se le impuso. Lo recordó claramente el Consejo General del Poder Judicial en su nota de 20 de Febrero de 2007 “... cumplió condena, extinguiendo la pena de acuerdo con la legislación vigente y aplicable al momento de la comisión...””.

## II.2. ¿Necesidad/legitimidad de la reforma en materia de penas?

Aunque ciertamente diversos factores han provocado un aumento de la tasa de delincuencia, es quizás la delincuencia terrorista la que mayor sensibilización provoca en la opinión pública<sup>11</sup>, lo que se ha aprovechado para introducir un endurecimiento en la respuesta penal y penitenciaria que se anuncia como la solución necesaria. Sin embargo, esta respuesta tiene más que ver con calmar a la opinión pública que con una política criminal basada en razones científicas. La determinación de la pena en materia terrorista puede así entenderse como un banco de pruebas donde comprobar hasta qué punto son ciertas las afirmaciones genéricas sobre la legitimidad y los fines de la pena.

Conforme al Código Penal de 1995, una condena de más de dos mil años de prisión, se vería sometida a la imposición del límite máximo de cumplimiento impuesto en el art. 70.2 CP, alcanzándose así el máximo de 40 años de prisión.

Una pena de tal duración supone un claro ejemplo de los supuestos sometidos a debate, al menos en Derecho comparado, en torno a los fines de la pena. Por una parte, teorías neoliberales que propugnan una vuelta a fines preventivos generales intimidatorios; por otra, autores que esgrimen la prevención especial positiva como la prioridad en fase de individualización de la pena<sup>12</sup>.

Ya desde la década de los ochenta, estamos viviendo el progresivo y no tan lento avance de la “cultura del control”<sup>13</sup>: el paso de un modelo basado en la resocialización a un modelo que persigue la incapacitación de los delincuentes<sup>14</sup>. Al marcarse una distancia prácticamente insalvable entre éstos y los “ciudadanos”, el ideal resocializador entra necesariamente en crisis y resurgen las sanciones punitivas, entre las que se privilegia claramente la prisión<sup>15</sup>. Este incremento de la represión penal, que

<sup>11</sup> La dramatización que del fenómeno delictivo realizan cotidianamente los medios de comunicación, con la consiguiente alarma social y afloramiento de una sentida necesidad de incremento y endurecimiento progresivo de la represión penal. Cfr. TELLEZ AGUILERA, *La Ley*, 2003, (cit. nota 12).

<sup>12</sup> Por ejemplo, TELLEZ AGUILERA, “Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”, ADPCP, Tomo LII, 1999, p. 328; el mismo, “La crisis de la prisión: aproximación práctica a las nuevas fórmulas penológicas”, *Anuario de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. VI, 1996-1997, pp. 101 y ss; el mismo, “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”, *La Ley*, nº 5837, 14 de agosto de 2003.

<sup>13</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo de seguridad ciudadana”, *Jueces para la Democracia*, nº 49, 2004; LARRAURI PIJOAN, E., “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, *Jueces para la Democracia*, nº 55, 2006, pp. 15-16.

<sup>14</sup> Vid, sobre esta tendencia y exponiendo la obra de GARLAND, D., *The cultura of control*, Oxford, University Press, 2001; LARRAURI PIJOAN, E., *Jueces para la Democracia*, 2006, (cit. nota 13), pp. 15-22.

<sup>15</sup> Cfr., ampliamente sobre este tema, ÁLVAREZ GARCÍA, “El nuevo modelo de política criminal”, *Jueces para la Democracia*, noviembre, 2006, pp. 25-28, concluyendo en p. 27: “el “recolocar” a la “resocialización” en el lugar que le corresponde haciéndola compartir, con la prevención general, la finalidades de la pena, me parece adecuado; siempre, eso sí, que las antinomias se resuelvan con criterio certero, lo que significa el predominio de la prevención especial hasta el límite permitido por las exigencias de cumplimiento de las finalidades preventivo-generales —límite que no puede ser fijado a priori y con carácter general tal y como se ha hecho con el citado artículo 36.2 CP”; GÓMEZ BENÍTEZ, “El cumplimiento de la pena de prisión: ¿resocialización (libertad) versus seguridad ciudadana?”, *Libertad, seguridad y Derecho*, Ed. Fundación Modernización de España, Madrid, 2003, p. 72.

viene saliendo tan rentable al menos electoralmente hablando, encardinado en la corriente general de populismo punitivo (o el “gobernar a través del delito”<sup>16</sup>), se ampara en objetivos como la reducción de la tasa de delitos y el refuerzo del consenso moral en la sociedad.

De esta forma, los buenos propósitos de la Exposición de Motivos del Código penal de 1995 han quedado definitivamente en agua de borrajas en materia de penas tras las sucesivas modificaciones llevadas a cabo con posterioridad, fundamentalmente la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, supone un cambio cualitativo; la diferencia penológica resultante es tan importante que obliga al replanteamiento de la supuesta eficacia y necesidad de las medidas<sup>17</sup> y, por tanto, de su legitimidad. Con los cambios incorporados, el legislador ha minado el sistema unitario construyendo subsistemas específicos en determinadas ámbitos de criminalidad (criminalidad organizada, terrorista, violencia doméstica).

Resulta de especial relevancia, en este caso, la modificación del art. 76 CP que modifica “el límite máximo de cumplimiento de las penas elevándolo a cuarenta años para los supuestos en que se cometan dos o más delitos de terrorismo, estando alguno de ellos castigados con pena de prisión superior a veinte años”, pues supone una revisión de la concepción general de la pena de prisión tal y como entendió el legislador del 95 para el que las penas excesivamente largas —por su fuerte efecto desocializador— debían eliminarse del arsenal punitivo. Así, no es sólo un cambio del sistema de penas; tiene detrás una apuesta por determinados fines de la pena en detrimento de otros, y en consecuencia una opción por penas adecuadas al modelo de intervención que se defiende<sup>18</sup>.

Además, el art. 78, apartado 2º, conforme la nueva redacción de la LO 7/2003 convierte en preceptiva la medida excepcional y necesariamente motivada hasta entonces, consistente en computar los beneficios penitenciarios y la libertad condi-

<sup>16</sup> Cfr. LARRAURI PIJOAN, E., *Jueces para la Democracia*, 2006, (cit. nota 13), p. 15.

<sup>17</sup> Que la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, considera que supondrán “una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves, que además han cometido una pluralidad de delitos”.

<sup>18</sup> En su Exposición de Motivos se deja constancia de que “la reforma supone ampliar el límite máximo de cumplimiento de las penas a cuarenta años, desde el respeto escrupuloso al principio de que el cumplimiento de todas las penas correspondientes a todos los delitos cometidos por el mismo autor podría privar en algunos supuestos de efectos a los principios constitucionales de cumplimiento de las penas. Sin embargo, también es cierto que existen determinados delitos que por su especial gravedad, la naturaleza del bien jurídico lesionado, la reincidencia con que los cometen sus autores, así como el hecho de que puedan llevarse a cabo por bandas organizadas con el único fin de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública o atemorizar con estos fines a los habitantes de una población o atemorizar con estos fines a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, exigen una respuesta más contundente del ordenamiento jurídico penal. Más aún cuando, en la práctica, las reglas que el Código penal estableció con el fin constitucional de dar cumplimiento a principios generales del ordenamiento jurídico penal se están utilizando, precisamente, para vulnerar dichos principios, convirtiéndose en instrumentos que los terroristas utilizan en su beneficio en su constante vulneración de las reglas y principios del Estado de Derecho”.

cional teniendo en cuenta la suma total de las penas impuestas, cuando la pena a cumplir finalmente fuera menos de la mitad de la suma total de las penas impuestas; además de extender su ámbito de aplicación al régimen de los permisos de salida (art. 202 RP) y a la clasificación en tercer grado. Así se trasladan los criterios de la conminación legal e imposición judicial de la pena al ámbito de cumplimiento de la pena privativa de libertad, en que la Ley Penitenciaria atiende por principio a otros extremos. Y mientras mantiene la posible aplicación del régimen general de cumplimiento que quedaba en manos del Juez de Vigilancia Penitenciaria atendidas “*las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social*”, —exigiendo no sólo la audiencia del Ministerio Fiscal sino también de Instituciones penitenciarias y las demás partes<sup>19</sup>— queda excluida en cualquier caso si se tratase de delitos de terrorismo o “*cometidos en el seno de organizaciones criminales*”<sup>20</sup>, en los que sólo se aplicaría “*a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena*”<sup>21</sup>. Excluye la posibilidad de flexibilizar la pena en función de las circunstancias personales del reo, de la evolución del tratamiento reeducador y del pronóstico de reinserción social<sup>22</sup>. Estas disposiciones parecen reflejar una forma de pensar medieval y primaria, que plantea serias dudas de constitucionalidad<sup>23</sup>.

Una pena de prisión de 40 años resulta así materialmente una cadena perpetua<sup>24</sup>, como ha manifestado en diferentes ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues la cadena perpetua no significa que el reo deba pasar el resto de sus

<sup>19</sup> Lo que supone admitir que las partes en el proceso penal tienen un interés que perdura en la ejecución de la pena, principio que mal va a poder avenirse con la construcción de un sistema progresivo de cumplimiento centrado en la evolución del resto; y téngase en cuenta que el tenor del precepto no distingue en función de la condición de la parte, de forma que tanto el perjudicado que se personó en el proceso como el acusador popular entran en esta previsión

<sup>20</sup> Concepto que está por determinar de forma taxativa.

<sup>21</sup> Sin que quede claro qué ocurre en estos casos con el resto de materia objeto de regulación por el art. 78, como los beneficios penitenciarios y los permisos de salida, lo que podría llegar a tener como absurda consecuencia el que algunos sujetos nunca pudieran tener permisos de salida, cuando sí pudieran disfrutar de tercer grado y libertad condicional. Cfr., TELLEZ AGUILERA, *La Ley*, 2003, (cit. nota 12).

<sup>22</sup> Se impondrán condenas de acuerdo con las cuales no se podrá acceder al tercer grado hasta cumplidos 32 años de prisión (cumplimiento asociado además a un régimen de permisos de salida en el que, cuando la condena impuesta alcance los 128 años, no habrá permisos ordinarios de salida del establecimiento, y se pasará directamente de 32 años dentro de prisión al régimen abierto), ni a la libertad condicional hasta cumplidos 35 años.

<sup>23</sup> Para TELLEZ AGUILERA, *La Ley*, 2003, (cit. nota 12), la LO 7/2003 “es una norma carente de rigor técnico y que no se encuentra basada en fundamento criminológico alguno distinto del de una política criminal que se asemeja al que intenta pescar peces a martillazos, que pescar, lo que se dice pescar, pesca poco, pero al que coge no se escapa. Ya sólo la pretensión del *nomen legis* parece dar a entender que hasta ahora las penas no se cumplen ni íntegra ni efectivamente; el que disfrute en régimen abierto o la libertad condicional no es cumplir la pena”.

<sup>24</sup> De hecho hay cadenas perpetuas menos rigurosas. Así, el art. 176.3 CP italiano permite la libertad condicional a los 26 años de cumplimiento de una cadena perpetua, y el art. 57<sup>a</sup> StGB a los 15 años.



días en prisión. La cuestión de debatir es si resulta compatible con nuestros principios constitucionales, fundamentalmente con la prohibición de penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE) y con la finalidad resocializadora de las penas (art. 25.2 CE).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en torno a estas dos cuestiones. Así, la STC 65/1986, de 22 de mayo, descarta el art. 25.2 CE como fuente de un derecho fundamental susceptible de amparo, considerándolo, por el contrario, una mera orientación dirigida al legislativo en torno a la política penal y penitenciaria, que no debe resultar incompatible con otras posibles finalidades de la pena<sup>25</sup>. Por lo que, la cadena perpetua si fuera necesaria para mantener en la población la conciencia del Derecho y el sentimiento de seguridad jurídica en los casos de delitos especialmente graves por su extraordinario contenido de injusto y culpabilidad sería lícita, en cuyo caso las consideraciones humanitarias y reinsertadoras deberían ceder ante finalidades preventivo-generales<sup>26</sup>.

Por otra parte, considera que la calificación como inhumana o degradante, no depende tanto de la duración de la pena sino de su contenido<sup>27</sup>. El TC aquí coincide con la doctrina TEDH en cuanto a la compatibilidad de las penas de larga duración con la exigencias del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), fundamentalmente en cuanto a la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH), recientemente expuesta en el Caso Léger<sup>28</sup>.

Pero, incluso siendo compatible con los principios constitucionales, condenas de duración semejante, no se basan en fundamento criminológico alguno que permita deducir una mayor prevención de los graves delitos a los que se aplica, máxime en

<sup>25</sup> Igualmente, SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 28/1988, de 23 de febrero; 75/1998, de 31 de marzo.

<sup>26</sup> STC 19/1988, de 23 de febrero. En el mismo sentido, informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 7/2003, en cuanto que afirma que esta es una opción del legislador a la hora de ponderar coordinadamente la prevención general y la especial en delitos especialmente graves, de gran contenido de injusto y culpabilidad. Incluso que “es posible entender que el art. 9.2 CE en cuanto que impone a los poderes públicos la función de promover y remover los obstáculos que impidan que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, vincula el valor seguridad jurídica de forma directa con la idea de justicia. Modernamente se considera que no es posible fundamentar en exclusiva la pena en la prevención especial o la general, sino que ambas necesidades deben coordinarse, conforme al pensamiento de las teorías de la unión, para ofrecer una reacción punitiva que respetando la dignidad del penado sirva al mantenimiento de la validez de la norma, de la confianza de la comunidad en el ordenamiento jurídico”.

<sup>27</sup> STC 65/1986, FJ 4: “depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena”.

<sup>28</sup> Asunto Léger contra Francia, STEDH de 11 de abril de 2006. En esta resolución, el TEDH considera que mantener en prisión a una persona, aunque sea durante más de 40 años, no constituye en sí un trato inhumano o degradante pues no ha estado privado de la posibilidad de obtener acortamientos de condena o beneficios penitenciarios como la libertad condicional. Vid. SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, “La sentencia del TEDH en el asunto Léger c. Francia, de 11 de abril de 2006. Sobre la compatibilidad de las penas de larga duración con las exigencias del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales (REDF)*, nº 7/1er semestre 2006, pp. 221-270.

los casos de delincuentes por convicción como los terroristas. La única ventaja sería el alejamiento de estos individuos de la sociedad —lo que se viene denominando inocuización del delincuente—, “pero llegado el momento alcanzarán la libertad. ¿se planteará entonces el legislador de turno modificar de nuevo los arts 76 y 78 para aumentar las penas otros cuantos años?”<sup>29</sup>.

### III. La publicación de “El Escudo” y “Gallizo” en GARA

En octubre de 2004, la Audiencia Nacional impidió la inmediata excarcelación de De Juana Chaos al denegar la liquidación definitiva de su condena mediante la aplicación de las redenciones extraordinarias concedidas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid. La decisión de la Audiencia se basaba en el que el citado juzgado había ignorado la competencia del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria para decidir sobre la aplicación de redenciones extraordinarias a presos condenados por terrorismo. Esta decisión fue aplaudida desde numerosos sectores sociales ya que suele escandalizar que sin haberse mostrado un ápice de arrepentimiento un terrorista obtenga la libertad, entendiéndose entonces como evidencia del fracaso de la condena cumplida e igualmente de la peligrosidad del sujeto<sup>30</sup>. A lo que tenemos que añadir en este caso la esperpéntica personalidad del sujeto: “me encanta ver las caras desencajadas de los familiares en los funerales. Aquí, en la cárcel, sus lloros son nuestras sonrisas y acabaremos a carcajada limpia” —escribió tras el asesinato en Sevilla, en enero de 1998, del concejal Jiménez-Becerril y su esposa— y que presume de disfrutar desde la cárcel cuando le llegaban noticias de atentados, burlándose así de las víctimas y sus familias.

Esta resolución judicial, parece que claramente provoca que De Juana, el 1 y el 30 de diciembre de 2004, respectivamente, y cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Algeciras, teniendo las comunicaciones intervenidas<sup>31</sup>, publicara dos artículos en el Diario GARA: “El Escudo”<sup>32</sup> y “Gallizo”<sup>33</sup>, que, vigente el princi-

<sup>29</sup> Cfr. TELLEZ AGUILERA, *La Ley*, 2003 (cit. nota 12).

<sup>30</sup> Se presentaron peticiones por parte del Sindicato Unificado de Policía y por la Asociación Unificada de Guardias Civiles al presidente del Gobierno para solicitar su intervención en el sentido de evitar la puesta en libertad de De Juana. Incluso el Ministro de Justicia en esos momentos ha declarado que no debería producirse la excarcelación de De Juana y en 2003 se pusieron en marcha nuevas legislaciones penal y penitenciaria y un nuevo Juzgado Central de Vigilancia penitenciaria “precisamente para evitar esta clase de injusticias”.

<sup>31</sup> La propia Audiencia Nacional en la Sentencia 283314/2006, de 8 de noviembre, se muestra sorprendida. “Al igual que a la defensa del procesado, sorprende al Tribunal que los citados artículos no fuesen interceptados por los mecanismos habituales de control que los funcionarios de Instituciones Penitenciarias establecen al efecto, máxime cuando el reo tenía intervenidas las comunicaciones, como lo demuestran otras interrupciones de envíos”. Podríamos plantearnos ya problemas en cuanto a la idoneidad ex ante de la tentativa, ante cursos causales salvadores previsibles. Vid. GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 675-677.

<sup>32</sup> “Veo la televisión. Escucho la radio. Leo los periódicos y revistas y el bombardeo es intenso y permanente. El enemigo está crecido. Detenciones en Iparralde y Hegoalde. Redadas en los estados francés y español. Informaciones venenosas que pretenden inocular el virus de la desconfianza.

po fundamental limitador del Derecho penal de responsabilidad por el hecho y siendo éstos los hechos probados, considero necesario reproducir en su integridad, aun en nota al pie.

---

El lobo, un simple chivato, al que la txacurrada vació antes de tirarle al estercolero de lo inservible (como a todos los chivatillos) es recuperado ahora y elevado a la categoría de héroe de la infiltración y de los servicios secretos a protagonista de películas y reportajes donde exhibe bravuconadas novelescas a golpe de guión y talonario.

Maniobra de desánimo. Filtraciones de correspondencia y conversaciones, totales o parciales, pero en todo caso interpretadas y manipuladas, aun reconociendo que no debemos facilitarles el trabajo.

Dispersión penitenciaria, carcelaria e intercarcelaria. Malos tratos, torturas renovadas en el tiempo pero permanentes en las formas y tan antiguas como lo es la represión política. Agresiones.

Sufrimiento para nuestros familiares y amigos. Compañeros enfermos a los que no se diagnostica con la gravedad de la situación.

Sí, la ofensiva es fuerte, en todos los frentes e innegable. ¿Quizás el enemigo está aventurado que nos puede dar la puntilla? ¿Qué puede acabar con el MLNV? ¿Qué va a conseguir doblegar a un pueblo o, al menos silenciar sus pasos haciéndole plano exclusivamente moqueta?

No necesito ser adivino para poder chillar con toda fuerza y convicción una expresión políticamente incorrecta: ¡La tenéis clara! Iros a la mierda con todo lo anterior porque no vais a ganar, ¡O es que todavía no os habéis dado cuenta de que tenemos un escudo invulnerable que no es otro que la razón!

Con todo poder totalitario, fascista y neofascista, el actual Gobierno de PSOE, como predecesor y anteriores, se ven en la necesidad de reescribir permanentemente la historia: de manipular y mentir creando buenos y malos a conveniencia, superando con mucho los límites de la conocida ficción orwelina.

Y ello como estrategia de guerra con el único y declarado objetivo de nuestra asimilación, del logro de la renuncia a nuestros principios, valores y derechos, y nuestra integración en su sistema. Jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura, carceleros sin escrúpulos... sois aburridos, cansinos y previsibles. No merecéis ningún respeto ni consideración, ni siquiera el mínimo para cuidar el tono de esta carta. Pero esto merece una explicación ¿totalitarismo el talante de Zapatero? ¿Fascista esos ojitos azules y esa sonrisa angelical? ¿El mismo que ha sacado a los soldados de Irak? ¿El que va a modificar las Leyes del aborto, divorcio y otras tantas para contentar a una “izquierda domesticada”? Pues sí, totalitarismo sin ninguna duda, porque tomando como prioridad preferente a Euskal Herria, como no podía ser de otra forma para los vascos, quien promulga Leyes de excepción, quien crea o mantiene tribunales especiales, quien ampara la tortura, persigue y reprime los derechos de asociación, de expresión, de prensa... quien prohíbe la participación política y electoral. Y quien todo lo hace para silenciar a una nación y negarle el derecho de autodeterminación, es un fascista de manual y dejémonos de florituras de lenguaje. Técnicamente, el 25 de octubre de 2004 terminé de cumplir la condena intramuros, impuesta por su sistema jurídico y penitenciario con el Código Penal de 1973, código franquista incomparablemente más “blando” que el actual de sus herederos. A partir de aquella fecha no he salido de prisión, oficialmente porque el Juez Gómez Bermúdez ¿otra estrella meteórica labrada sobre el sufrimiento vasco? tiene “dudas” sobre la condena cumplida. Y una vez más no deja de asombrarme, y ojalá no pierda nunca esa capacidad, el desprecio que de sus propias Leyes tienen sus servidores. Que las rechacemos nosotros que las combatimos es natural, pero que las desprecien quienes comen de ellas es un indicador más de cuál es su función.

Sin embargo, no se pueden ni se deben utilizar en mi caso los términos de ilegalidad, secuestro... Y no me gusta que lo hagan en mi defensa, porque de forma ilegal, y secuestrados por un sistema autoritario, en la cárcel y algunos desde hace bastante más tiempo que yo, estamos 700 compañeros y compañeras, y extramuros lo está todavía la parte de la sociedad que no se conforma. Al fin y al cabo, hay centenares de miles de vascos y vascas que hoy están en un cuarto grado penitenciario, a la espera de que cualquier noche unos uniformados aporreen su puerta y les notifiquen la represión por mal comportamiento.

Mucho más claro ha sido el ministro López Aguilar: no se le puede excarcelar de ninguna manera y no hay más que hablar ¿Motivo? No da signos de resocialización. Sin embargo, afortunadamente, de resocialización no da signos ni De Juana Chaos, ni una inmensa mayoría de los 700 presos y presas, ni una gran parte de la sociedad vasca.

Porque resocializar en el sentido utilizado por el enemigo implica la derrota y la captación de los contravalores que de tan magnífica manera representan todos los José Francisco, Zapatero y Gómez Bermúdez. Pero

deberían hacerse una pregunta: ni los 700 compañeros y compañeras con miles de años de cárcel cumplidos y por cumplir en nuestras espaldas no damos signos de "resocialización" ¿no será que algo les falla en el tratamiento penitenciario? Lo que les falta es que tenemos el escudo de la razón. Y que nada es insuperable, ni en lo personal ni en lo político, salvo la interiorización del fracaso.

En todos los procesos hay altas y bajas. Las apariencias también engañan. Políticamente, el ruido no significa fortaleza ni el silencio debilidad. Vamos a ganar. Leamos la historia de otros procesos triunfantes, no de los perdedores. Comparemos la aceptación de nuestro discurso político por parte de la sociedad, ahora y hace 25 años. Y lo demás es fácil: trabajo, sacrificio, aprender de los errores y no meternos palos en la rueda de nuestra propia bicicleta.

Hace años lo escuché a un muy apreciado compañero: chillad con fuerza "Sacad vuestras sucias manos de Euskal Herria" "¡Sí, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimiento! O el futuro terminará demostrando, sin duda que os quedasteis sin ellas".

<sup>33</sup> "El pasado 14 de diciembre, la señora Margarita Uría se dirigió al presidente del Gobierno en el transcurso de la Comisión de Investigación del 11-M, para preguntarle, entre otras, sobre determinadas cuestiones penitenciarias, tras un preliminar de sonrojantes alabanzas hacia la señora Mercedes Gallizo, la comisionada interrogó al señor Rodríguez Zapatero, exclusivamente sobre la filtración de unas imágenes y de una carta a los medios de comunicación.

La señora Margarita Uría no preguntó sobre la tortura y malos tratos. Tampoco sobre la muerte y la enfermedad de los presos. No tuvo interés en el aislamiento y la incomunicación. Ni en los accidentes. Y mucho menos preguntó por la dispersión, quizás porque le podrían haber respondido que ésta tuvo su principal valedor en el partido político de la propia comisionada. Un PNV legitimador de la represión y de la más cruel política penitenciaria, no sólo en cuanto a su diseño teórico y cobertura en la puesta en práctica, sino como protagonista con sus propios asesores en la Dirección General de IIPP.

Ni la señora Margarita Uria, ni ninguno de los parlamentarios y parlamentarias que enarbolan los derechos humanos como bandera de combate tuvo la remota ocurrencia de interesarse por las vejaciones y agresiones sexuales sufridas por algunas de las detenidas en las últimas redadas policiales. Sobre esto no tiene interés la señora Uría, no ya como parlamentaria, sino ni siquiera como mujer. Y no se lo pregunta porque sabe que el ser detenido como presunto etarra en una operación represiva con la consiguiente cobertura mediática es suficiente motivo para no tener ningún derecho, incluido el de no ser torturado. Decía la hipocresía de arraigo: "Quien roba a un ladrón tiene cien años de perdón". Dicen los nuevos referentes de la ciudadanía: "violentar al agredido no es doble violencia, es justicia y silencio". Pero esto lo sabemos todos, incluida la comisionada, que alaba a la señora Gallizo.

Y entre tanta alabanza de personas de bien (no como yo que soy vasco y rojo además de varios istas), reflexioné si estaba equivocado. ¡Sé positivo Iñaki!, me dije. Imaginé que los muros de hormigón eran de chocolate. Que de cabello de ángel estaba hecho el acero. Que los tres presos muertos la pasada madrugada en las cárceles de Langraitz y Zuera eran muñecos de mazapán. Pero, es curioso, no conseguí imaginarme a la señora Gallizo siendo otra cosa que lo que es, como eran sus predecesores.

Cuando el PSOE ganó las últimas elecciones generales se levantaron ciertas expectativas entre quienes son dados a creárselas, ya sea por ingenuidad. Yo por necesidad. Ilusiones que en poética generalmente el tiempo las demuestra falsas. Lo mismo ocurrió con el nombramiento de la señora Gallizo como Directora General de IIPP. Aunque en un principio los numerosos relevos en las direcciones de las cárceles pudieron tomarse como preludio de cambios más significativos de conocer la relación nominal de los nombramientos me reafirmó en la convicción de que el único horizonte de justicia en las prisiones es la demolición de sus muros. Esperanza que por utópica que parezca es mucho más realista, sin carga de hipocresía, que pretender o esperar que el hormigón y el hierro encierren derechos humanos en lugar de violencia y sufrimiento.

En esta prisión de Algeciras, la señora Gallizo destituyó al director Miguel Angel Rodríguez, alias el Tragables. Profesional culto que reaccionaba inmediatamente al escuchar el nombre de un preso político vasco. Y fluidamente hilaba un discurso elaborado: "Las resoluciones judiciales de los etarras me las paso por el foro de los cojones". Todo un viejo conocido del colectivo de presos políticos vascos que no ha sido destinado por acumular montañas de denuncias e irregularidades. Ni siquiera lo ha sido por una pequeñez como la de, presuntamente, meter la mano en el cajón del dinero en el CP de Puerto II por lo que fue expedientado. Ha sido destituido por no ser del mismo partido político que la señora Gallizo. ¡Hasta ahí podíamos llegar!

Pongo la televisión, informan sobre el festival de cine de Huelva. Junto al actor Imanol Arias, haciéndole los honores, casi babeando alrededor suyo, me parece reconocer un rostro de desagradables recuerdos. Tiene el pelo blanco y la apariencia muy envejecida, aunque no será por la conciencia que le perturba. En todo caso

será por el castigo de los excesos. Siento el consuelo tonto de comprobar que, en esta ocasión, el torturador tiene peor apariencia que los torturados. No hay duda. Esa cara la tenemos marcada en nuestra memoria a golpes de malos tratos y hambre. Es Francisco Sanz, Subdirector de la prisión de Málaga. Director del Salto del Negro, de Puerto II, del CP de Huelva en la actualidad donde ha organizado que algunos presos otorguen un premio cinematográfico dentro del festival. Por esto babea alrededor de Imanol Aras y lo primero que me viene a la mente ante la imagen es preguntarse si el actor habrá notado el surco de la porra y la humedad de la sangre al darle la mano. En el CP de Huelva no parece que haya habido cambio de director.

La lista de los nuevos nombramientos es larga, hasta 21 nombres y 10 más por cambio de destino. Algunos apellidos me hacen rebuscar en la memoria. Era el año 1977, creo, porque el único archivo con el que cuento es mi cerebro, tampoco es un disco duro. En todo caso, eran los años posteriores a la muerte del general Franco, cuando la sociedad desbordaba ilusión y los partidos políticos, conspiraban para destruirla. Caminaba por Madrid un día de aquellos muchos de manifestación en demanda de amnistía y libertad. Dejé atrás la Gran Vía. Subí por la calle de los Libreros y, a la altura del desaparecido hotel Darde, me topé con un grupo de jóvenes como yo, que bajaban corriendo y chillando han disparado. Con más curiosidad que precaución, continué hasta el final de la calle. Torcí a la derecha tomando la de la Estrella y, algunos metros más allá, estaba un joven tendido en el suelo, muerto en un charco de sangre. Aquello se llenó de grises y parece que quienes habían disparado eran argentinos de la Triple A. ¡Qué más da! Una de aquellas siglas que escondía todas lo mismo, y que reaparecen cuando es necesario.

El joven, muerto se llamaba Arturo Ruiz y tenía un hermano, que empezó siendo de izquierdas y terminó siendo del PSOE y haciéndose carcelero. Funcionario de prisiones de confianza, tanto que prestaba su despacho de madrugada en la prisión de Almería para que se celebrasen conversaciones secretas entre enviados del Gobierno y representantes de una organización revolucionada armada que NO es ETA. De esas negociaciones que, nunca existen, y si existen se niegan. Arturo Ruiz murió un día de lucha por la amnistía y la libertad y su hermano vive bien como nuevo director del CP de Sevilla II.

Jesús Eladio del Rey Reguillo, alias el Tirillas, nombrado nuevo director del CP de Valdemoro. Y lo primero que me viene a la cabeza es el motín del módulo I de Herrera de la Mancha en el año 1988 en el que de poco más de 40 presos políticos vascos la mitad pasamos por la enfermería y cinco compañeros acabaron con roturas de huesos en el hospital. Una imagen esperpéntica aquella del Tirillas con un cuchillo de monte en la mano al frente de un nutrido grupo de carceleros y guardias civiles, recorriendo las galerías del módulo de celda en celda e indicando quién debía recibir sesión de palos simple o doble.

Manuel Martínez Cano, alias el Momios, nombrado nuevo director del CP de Jaén. Provocador y detonante del anterior motín referido y cuyo único recuerdo agradable que puede haber dejado en algún preso es el que se le viera totalmente acobardado y rociado de polvo blanco a golpe de extintor de un compañero en aquel mismo motín.

Antonio Diego Martín, nombrado director del CP de Puerto II y procesado por torturas y rigor innecesario en la prisión de Sevilla II. Juzgado junto al exdirector general de IIPP, Antonio Asunción, nunca fue apartado de un trabajo represivo, ejerciéndolo hasta ahora en la prisión de Melilla. Los presos engrilletados durante semanas a los carros. Las sesiones de tortura, desnudos y rociados de agua, los lamentos y chillidos, nunca merecieron un solo día de cese en su cargo. Al contrario, merecen un ascenso al llegar la señora Gallizo. Para qué continuar con el listado. Me he convencido. La nueva política penitenciaria del nuevo Gobierno del Sr. Rodríguez Zapatero consiste en recuperar o promocionar a los personajes de más triste recuerdo para los presos en general y para el Colectivo de presos políticos vascos en particular. O en mantener en su cargo a quienes ya cumplen aquellos requisitos.

Las expectativas se han cumplido. O a los mejor me equivoco y los torturadores son capaces de luchar contra la tortura. Experiencia no les falta. Y entonces incluso yo sería capaz de imaginarme a la señora Gallizo de otra manera de la que es”.

### III.1. Cronología jurisprudencial: SAN de 8 de noviembre de 2006 y STS de 26 de febrero de 2007

El Fiscal, Ignacio Gordillo, considera que el contenido de dichos artículos evidencia delitos de colaboración con banda terrorista, amenazas terroristas y enaltecimiento del terrorismo y presenta denuncia ante la Audiencia Nacional solicitando un total de 96 años de prisión. La AVT, por su parte, presentó una querrela adhiriéndose “en su integridad” a esa causa.

La causa fue desestimada por el Magistrado Pedraz, en ese momento en el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional<sup>34</sup>. Auto que fue recurrido en revisión, desestimándose igualmente el recurso, reiterando las razones de la desestimación: “insistimos que el contenido de los artículos publicados en el Diario Gara no pueden servir de base, ni aún conjuntamente con los otros indicios que se alegan, para acreditar la pretendida integración: por más que este instructor lea los mismos no hay referencia alguna a ETA ni apoyo alguno a la lucha armada y sí sólo, como se dijo, al MLNV. Se dice que de la simple lectura de aquéllos debe deducirse el asentimiento por parte de De Juana a los postulados de ETA: en ningún momento se dicen qué postulados son éstos, sin que sea admisible que este instructor deba conocer el “mundo de ETA”. En lenguaje llano: el juez de instrucción sólo debe conocer y, por tanto valorar, lo que está en el sumario; lo que está fuera y no incorporado a la causa, no existe. Será cosa del Ministerio Fiscal o de las partes quienes deberán pedir la incorporación. Postular otra cosa atentaría, entre muchos principios, a la tutela judicial efectiva, al derecho a un juez imparcial y, aun más, al respeto a las elementales garantías de defensa: el inculpado por cualquier delito podría así temer que el juez que instruye su caso pueda valerse de cualquier “prueba” no incorporada a la causa, y simplemente porque al juez le conste por otros medios (prensa, conocimiento propio no judicial, etc)”<sup>35</sup>. Sin embargo, por cuestiones que parecen ajenas al caso, como un permiso del Magistrado Garzón, aparta a Santiago Pedraz del caso y el Juzgado Central de Instrucción viene a ser ocupado por el Magistrado Grande-Marlaska<sup>36</sup>.

Desde el Juzgado Central de Instrucción, Grande-Marlaska dicta Auto de prisión preventiva y paraliza la excarcelación prevista para febrero de 2005. Citando expresiones contenidas en “El Escudo”, estima sin género de dudas que existen “indicios racionales de criminalidad”, incurriendo en un delito de amenazas terroristas, ya que en el artículo titulado “El Escudo” se refiere a “personas en concreto, así como de instituciones a las que se imputa la situación actual no sólo de su persona” sino tam-

<sup>34</sup> Auto de 10 de junio de 2005.

<sup>35</sup> Auto de 25 de junio de 2005.

<sup>36</sup> Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, “El nuevo modelo de política criminal”, *Jueces para la Democracia*, noviembre, 2006, p. 25, expone una reflexión que me parece adecuada a este caso al poner de manifiesto cómo “los llamados “jueces garantistas, son puestos de lado —y en algunos casos expedientados—, siendo sustituidos por aquellos que no son tan “mirados” con los “formalismos”...”

bién de otros miembros de ETA en prisión y ratificándose en su voluntad intimidatorio en “Gallizo” en el que “consigna el nombre de distintos funcionarios de instituciones penitenciarias, miembros de la carrera judicial, ejecutivo, etc”<sup>37</sup>.

### Excurso: la huelga de hambre

A razón de considerar injusta esta prisión preventiva, ya que cumplida su condena debería ser excarcelado, y erigiéndose ejemplo de la vulneración de los derechos de los presos de ETA por el Estado español, como método de protesta que le asegura la cobertura informativa, el 7 de agosto de 2006 De Juana inicia una huelga de hambre, ingiriendo sólo agua, en el Centro Penitenciario de Algeciras<sup>38</sup>. Sin embargo, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>39</sup> sobre el derecho (o la ausencia del derecho) a la disponibilidad de la vida en los supuestos de huelgas de hambre de un interno en un Centro Penitenciario, cuando la vida y la integridad física del huelguista no corran peligro grave debe prevalecer su libre voluntad manifestada tanto por escrito como de sus propios actos no consumiendo alimento sólido alguno. Por el contrario, en caso de peligro de vida y/o salud debe prevalecer el derecho a la vida e

<sup>37</sup> Extracto del Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 1, de 10 de enero de 2005: “El propio tenor literal de los citados escritos conforman en grado de seria probabilidad que no nos encontramos única y exclusivamente ante una queja relativa a su situación penitenciaria. Ese mismo tenor literal determina que daba inferirse una nueva incardinación en la organización terrorista ETA y la conclusión de expresiones atentatorias del derecho de seguridad y libertad contra determinadas personas físicas e instituciones del Estado de derecho... Los hechos asimismo devienen constitutivos de un delito de amenazas terroristas del art. 572.1.3º del Código Penal al referirse en el transcurso del artículo de fecha 1 de diciembre de 2004 nombres de personas en concreto, así como de instituciones a las que se imputa la situación actual no sólo en su persona así como la de otros integrantes de la banda terrorista actualmente en prisión, y que se ratifica dicha voluntad manifiesta de atentar contra su integridad física, libertad y seguridad en base al artículo que posteriormente se edita con fecha 30 de diciembre de 2004 y donde se consigna el nombre de distintos funcionarios de instituciones penitenciarias, miembros de la Carrera Judicial, Ejecutivo, etc. Atendiendo a la gravedad de los hechos objeto de la imputación deviene proporcional acordar la prisión provisional comunicada y sin fianza de Iñaki de Juana Chaos”. Para ÁLVAREZ GARCÍA, (“El nuevo modelo de política criminal”, *Jueces para la Democracia*, noviembre, 2006, p. 25), “estamos ante un independentista, que está “harto” de la presencia de España en las Vascongadas. Pero el independentismo cabe dentro de la Constitución, y expresiones similares a las atribuidas al asesinato de ETA al que nos estamos refiriendo, son emitidas todos los días por buena parte de los políticos vascos, y no dan lugar —como es lógico— a la apertura de diligencias... en mi opinión, no concurren los requisitos exigibles para la imposición de tal medida cautelar. Es decir, frente al terrorismo cabe todo, incluso prescindir de las garantías del Estado Democrático de Derecho; lo que pone de manifiesto que, cada vez más, en lugar de hacerse Justicia se hace política (así, con minúsculas)”.

<sup>38</sup> Esta huelga de hambre ha sido considerada por parte de los medios de comunicación una forma de presión al Gobierno de la nación para conseguir su puesta en libertad. Por ello, también, la STS se ha interpretado como el éxito de dicha maniobra y como una forma de cesión a las exigencias del terrorista dentro de un marco de supuestas negociaciones políticas entre el Gobierno de Rodríguez Zapatero y la banda terrorista ETA. Así, se afirma que “Todo ello a favor de una pronta puesta en libertad, que ni constituía un gesto humanitario, ni constituye ahora un acto de justicia: tan sólo un gesto, un infame gesto más para ganar tiempo intentando contentar a quienes abiertamente aspiran a conseguir todo aquello por lo que han matado”.

<sup>39</sup> SSTC 120/1990, de 27 de junio, del Pleno, Ponentes: F. García-Mon y González-Regueral, E. Díaz Emil y J.V. Gimeno Sendra; 137/1990, de 19 de julio, del Pleno, Ponentes: J. Leguina Villa, J.L. de los Mozos de los Mozos y J.V. Gimeno Sendra y 11/1991, de 17 de enero, del Pleno, Ponente: F. García-Mon y González-Regueral.

integridad física, aún en contra de la voluntad de su titular. Por lo cual, llegado el momento en que exista peligro para su salud o su vida, el recluso no puede rechazar el tratamiento médico o el alimento por sonda<sup>40</sup>.

A partir de que el 8 de agosto de 2006 la Dirección del Centro Penitenciario de Algeciras informa de la intención del referido interno de continuar la huelga de hambre, por lo que la Audiencia Nacional solicita que cada tres días se informe sobre su estado. Y ante el previsible empeoramiento físico del interno, el 12 de septiembre el Ministerio Fiscal solicita autorización para que se pueda proceder a su alimentación forzosa, de forma coactiva incluso. Así, transcurridos más de cuarenta días de la huelga de hambre, el Auto de la Audiencia Nacional de 14 de septiembre autoriza la adopción de medidas tendentes a salvaguardar no sólo su vida sino también su salud: “el ordenamiento impone a los poderes públicos el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, *sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho*”.

En consecuencia, el 19 de septiembre, De Juana Chaos es ingresado en el Hospital Comarcal de Algeciras. Posteriormente se le traslada a Madrid, donde el 6 de octubre se le somete a un proceso de alimentación forzosa en la Unidad de Nutrición Especializada del Hospital 12 de Octubre, gracias a lo que fue evolucionando de forma positiva, llegando a abandonar la huelga de hambre el 8 de octubre de 2006 y retomándola posteriormente<sup>41</sup> lo que provoca que el Fiscal Fernando Burgos (que ha sustituido a Ignacio Gordillo) solicita la prisión atenuada para que el preso pueda permanecer en su domicilio bajo vigilancia policial y sanitaria. La prisión atenuada, buscando alternativas a la prisión provisional, se define en la Ley de 10 de septiembre de 1931 como arresto domiciliario con la vigilancia que se considere necesaria y

<sup>40</sup> A diferencia de los ciudadanos libres: arts 8 y ss de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Según se expone en el mencionado art. 8 sobre el consentimiento informado: “1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. 3.... 5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.

<sup>41</sup> Esta huelga de hambre ha sido portada en *The Times*, con fotos incluidas tomada en la habitación del Hospital. Se habla de la incompetencia —cuando no complicidad— de unas órdenes que, tal y como ha denunciado la Confederación Española de Policía, impedian los cacheos en el privilegiado régimen de visitas que gozaba el preso en el hospital. Eso ha permitido al sanguinario terrorista hacer declaraciones a medios extranjeros que, si bien podrían ser constitutivas de un nuevo delito de apología del terrorismo, sólo trataban de buscar adeptos a su causa”. Se entiende como una campaña de blanqueo y humanización del tal De Juana que se ha desplegado antes de la sesión del Supremo, como una presión nada sutil que desmiente todo el alarde de inquietud por la politización de la Justicia. Se entiende como una burla, como pisotear las tumbas de sus veinticinco víctimas y las de las demás víctimas del terrorismo.



el art. 505.2 LECrim permite que los jueces puedan acordarla “cuando por razón de enfermedad del inculpado el internamiento entrañe grave riesgo para la salud”<sup>42</sup>.

Este recurso debería haber sido resuelto por la Sección 1, competente en recursos contra decisiones del Juzgado Central de Instrucción, sin embargo, el presidente de la Sala de lo Penal, el Magistrado Gómez Bermúdez, consideró necesario elevar la decisión al Pleno<sup>43</sup> que resolvió por amplia mayoría —12 votos a favor y 4 en contra— “mantener la situación provisional comunicada y sin fianza” en el Hospital Doce de Octubre, “debiéndose adoptar por el centro hospitalario donde actualmente se encuentra ingresado la administración de la terapéutica adecuada al caso, incluida la alimentación forzosa conforme a lo ya acordado en resoluciones anteriores”<sup>44</sup>. Resultó determinante que el recluso hubiera creado su precario estado de salud a modo de “chantaje procesal” para convertirse en un “mártir de la izquierda abertzale” que podría ser imitado además por otros presos de la organización terrorista<sup>45</sup>.

Finalmente, el 27 de octubre de 2006, el fiscal Fernando Burgos, en el escrito de calificación definitiva, renuncia a la imputación por integración en organización terrorista y mantiene únicamente la de amenazas terroristas, por la que solicita 13 años de prisión<sup>46</sup>. Este cambio de criterio provocó que el fiscal Jesús Alonso renunciara al caso por “negarse a aplicar la rebaja”. Por su parte, el abogado de la asociación popular que ejerce la AVT, Juan Carlos Rodríguez Segura, mantuvo su petición de 96 años de cárcel y mostró su “sorpresa” por la decisión de la fiscalía.

La Audiencia Nacional en Sentencia de 8 de noviembre de 2006 (JUR 2006/283314) absuelve a De Juana Chaos del delito de integración en organización

<sup>42</sup> Mientras que la Ley de 1931 establece su ámbito de aplicación a los supuestos en los que concurran razones cualificadas de trabajo. Recordemos el auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 8 de enero de 1986 concedía este régimen de prisión para José María Ruiz Mateos, para desarrollar sus ocupaciones bajo vigilancia policial.

<sup>43</sup> Se dice que esta decisión se debió al conocimiento de la decisión de conceder la prisión atenuada por parte de los magistrados de la Sección 1.

<sup>44</sup> El Pleno estuvo formado por 16 magistrados al ausentarse Fernando García Nicolás, presidente de la sala segunda, por enfermedad. Tampoco asistió el presidente de la Sala, Javier Gómez Bermúdez, una de las personas mencionadas por De Juana en los dos artículos que publicó el diario Gara, y que fueron los que le valieron la condena a 12 años y 7 meses de prisión. Los cuatro magistrados que votaron en contra y que han anunciado voto particular son los tres que constituyeron el tribunal sentenciador contra la causa de De Juana por amenazas. Se trata de Manuela Fernández Prado, Angel Hurtado y Carmen Paloma González Pastor, a los que se ha sumado una cuarta magistrada, Clara Bayarre.

<sup>45</sup> Se advierte con alarma por parte de determinados sectores sociales el peligro de que este caso constituya un precedente, como afirma, por ejemplo, el presidente del Partido Popular, Mariano Rajoy, y que el resto de internos de las prisiones españolas sigan su ejemplo para conseguir prisiones atenuadas. Afortunadamente, en mi opinión, la alarma no tiene fundamento ya que la prisión atenuada es una medida que sólo es aplicable a supuestos de prisión provisional y no cuando existe una condena en firme. Por el hecho de que pasase de prisión provisional a estar bajo arresto domiciliario no podrían darlo de alta del Doce de Octubre según el estado de salud en que se encuentra (se informa de que existe riesgo de muerte súbita) y, por ello, tampoco convendría trasladarlo a un hospital del País Vasco de su elección. Y si fuera a casa y mejorara al abandonar la huelga de hambre, ¿podría decretarse su prisión provisional si el sujeto no tuviera intención de retomar la huelga o hasta que ésta pusiera en peligro su vida?

<sup>46</sup> El 14 de febrero, después de saber que se rebaja la calificación a amenazas 3 años de prisión, Álvaro Reizabal (abogado de De Juana) anuncia que su cliente seguirá en huelga de hambre hasta su puesta en libertad.

terrorista —pues considera que se trata de un delito permanente y que ya había sido condenado— y condena por delito de amenazas terroristas, con la agravante de reincidencia, a 12 años y 7 meses de prisión e inhabilitación absoluta de 20 años, estableciendo una responsabilidad civil de 12.000 euros a cada una de las seis personas amenazadas por los daños y perjuicios morales.

Contra esta resolución se presenta recurso de casación tanto por parte de De Juana Chaos<sup>47</sup> como por la acusación popular ejercida por la AVT<sup>48</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2007<sup>49</sup>, calificada ya de escandalosa y bochornosa antes de publicarse sus fundamentos<sup>50</sup>, niega ilícito penal en el texto de “Gallizo” e infiere un delito de amenazas no condicionales del art. 170.1 CP en concurso ideal con un delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo (art. 578 CP) del texto de “El Escudo”.

Ciertamente la existencia de cuatro votos particulares, demuestra que tampoco ha sido una resolución fácil de elaborar.

### III.2. Análisis comparado del contenido de los fallos y de los votos particulares

#### III.2.1. Pertenencia a banda armada (arts. 515.2º y 516.2º CP)

Tanto la sentencia de la Audiencia Nacional como la del Supremo coinciden en la no apreciación del delito de pertenencia a organización terrorista, a pesar de distanciarse en la fundamentación<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Denuncia vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24 CE), de su derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE), y la aplicación indebida del art. 572.1.3º CP, al no existir delito de amenazas terroristas.

<sup>48</sup> Considera que debió condenarse además por pertenencia a banda armada (art. 572.2º y 516 CP) y por vulneración de los arts. 572.1.3º y 579.2º CP

<sup>49</sup> (nº 149/2007) Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García. Firmada por los magistrados: Juan Saavedra Ruiz; Enrique Bacigalupo Zapater; Joaquín Delgado García; Carlos Granados Pérez; Joaquín Jiménez García; Andrés Martínez Arrieta; Julián Sánchez Melgar; Perfecto Andrés Ibáñez; José Ramón Soriano Soriano; José Manuel Maza Martínez; Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; Francisco Monterde Ferrer; Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

<sup>50</sup> El respeto a las resoluciones judiciales no implica su acatamiento acrítico —¿a qué nos dedicaríamos los juristas?— así que “valorar de la misma forma cualquier resolución judicial, con independencia de su naturaleza, sería caer en un nihilismo político y un positivismo jurídico que nada tiene que ver con el respeto al Estado de Derecho”. Por ejemplo, GARCÍA RIVAS, “Se condena a De Juana Chaos”, *El País*, 24/11/2006 nos recuerda que todas (absolutamente todas) las resoluciones judiciales pueden ser criticada en un sistema democrático; pues hace años que desapareció el delito de desacato

<sup>51</sup> En la misma línea, y analizando también si existe identidad entre el MLNV o el “Frente de Makos” y la organización terrorista ETA, se había manifestado el magistrado Pedraz en el Auto de 25 de junio de 2005, FJ. 3: “En relación al apoyo al MLNV de igual forma debe reproducirse lo argumentado en el Auto recurrido, lo que hacemos extensible al denominado “Frente de Makos”. No existe resolución firme alguna que considere que aquel movimiento como este frente esté integrado en ETA. La sentencia del Tribunal Supremo que alude el Ministerio Fiscal (al decir que el entramado del MLNV queda inmerso en la estrategia de ETA, es ETA) fue dictada en el proceso de ilegalización de HB-EH-Batasuna, mas no es una sentencia penal, pues fue dictada por

La Audiencia Nacional se basa en el principio *non bis in idem*, pues ya había sido condenado por ese mismo motivo en sentencia de 7 de octubre de 1987, y tratarse de un delito de carácter permanente que subsiste mientras exista integración en la organización armada. Sin embargo, reconoce la Audiencia Nacional que “resulta realmente complicado que una persona que se encuentra en situación de prisión, y por tanto, bajo la tutela directa de la Instituciones del Estado, mantenga una vinculación o disposición tal con la banda terrorista que le permita la realización de actos concretos, más allá de su propia adhesión a una ideología patógena sustentada en una actividad terrorista y a los postulados por aquélla sostenidos”<sup>52</sup>, pero no basta para calificarlo como reincorporación a la actuación terrorista<sup>53</sup>.

Para el Tribunal Supremo, sólo se extinguirá el delito permanente con el fin de la pertenencia a la organización, “bien por el cese voluntario o apartamiento de la misma, por la expulsión por parte de los órganos directivos, o por razón de un

---

la Sala prevista en el art. 61 LOPJ y en aplicación de la Ley de Partidos Políticos: no tiene virtualidad alguna en la presente causa. Podrán existir procesos o líneas abiertas de investigación por tal razón, pero esto no es suficiente para determinar que sean ETA”. Y con relación al apoyo que puede significar para la organización actuaciones del colectivo de presos, afirma “El hecho de que se diga por el Ministerio Fiscal que “es de sobra conocida, porque así lo ha puesto de manifiesto en los órganos de expresión de ETA “Zutabe” y “Zuzen”, la importancia que tiene para la banda armada el colectivo de presos... es considerado un frente más de lucha de ETA y sus integrantes son considerados militantes en activo, sometidos por tanto a la disciplina que impone la banda”, o que el hecho de que “la dirección de la banda terrorista plantea exigencias al Gobierno de la Nación en relación con su situación (la del frente de Makos), reagrupación, amnistía, lo que solo tiene una explicación: la consideración de militantes”; tampoco puede avalar la pertenencia a ETA, tanto por lo dicho antes en relación a que no existe resolución alguna que así lo declare, como porque este instructor no tiene por qué conocer ello, ni aún porque ni se han aportado tales Zutabe o Zuzen, ni el hecho de que ETA diga que es importante el colectivo de presos o que demande la reagrupación (tampoco consta en esta causa) pueda significar que el mismo sea ETA o esté integrado en ella, y obviamente no consta que a los miembros de este colectivo se les haya imputado su nueva integración en ETA”

<sup>52</sup> Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, “El nuevo modelo de política criminal”, *Jueces para la Democracia*, noviembre, 2006, p. 24, aclara que el delito de pertenencia a banda armada castiga el peligro que se deriva de la agrupación de personas en una asociación de determinadas características, a la vista de su abstracta capacidad para actuar —“peligro potencial que supone ser miembro de las mismas” (STS 897/2004 de 15 de julio)— por lo que “no cabe duda de que encontrándose el sujeto en prisión poco peligro puede originar a bienes jurídicos, a no ser que se estime —lo que desde aquí no se comparte— que el peligro se deriva inmediatamente por su mera pertenencia formal a la asociación ilícita con independencia de su posible potencial contribución a las actividades de la asociación, o que tenga capacidad de continuar contribuyendo —como dirigente efectivo de la asociación por más que esté privado de libertad— a la realización de las actividades de la sociedad criminal. Es decir, parece que hubiera de concluirse que el delito dejará de cometerse en el momento en el que la resolución judicial que se dicte suponga la entrada en prisión, pues ello supondrá la cesación de todo peligro para el bien jurídico protegido”.

<sup>53</sup> Literalmente, “el hecho de referirse a preso “político vasco” o al “MLNV” podrá poner de manifiesto que el imputado sigue compartiendo los postulados de la banda terrorista, e incluso que en su fuero interno continúa sintiéndose partícipe o vinculado a ella, y que ninguna resocialización o reinserción habrá sido posible, más por sí sola no constituye indicio suficiente de criminalidad de un nuevo delito, en cuanto no supone la materialización de una nueva integración, para lo que sería necesario una acción que implicara una reincorporación a la actuación terrorista. En nuestro caso, la pretendida realización de nuevas acciones delictivas no lo es tal, por lo que resulta inviable una nueva condena por pertenencia a banda armada”.

hecho de fuerza mayor, como puede ser la condena por dicho delito, lo que cierra y provoca la ruptura de la situación delictiva previa”. Entendiendo que la detención del sujeto y su ingreso en prisión es un hecho de fuerza mayor, que imposibilita continuar integrado activamente en la organización debido a las limitaciones de la privación de libertad. Por ello, el seguir manteniendo su ideario, sus fines o el deseo de permanecer en ETA en prisión sólo constituye una posición de simpatía ideológico, ni siquiera los contactos con los compañeros de organización dentro de prisión o con colaboradores o los numerosas publicaciones “como los dos objeto de este procedimiento”<sup>54</sup> puede fundamentar la continuación del delito de pertenencia a banda armada.

Eso sí, esta ruptura permite que, una vez que se recobra la libertad, si el condenado se reintegra en la banda armada y reanuda sus actividades criminales en la misma organización armada o en otra distinta, podrá volver a ser enjuiciado con base en los arts. 515.2º y 516.2º CP.

### III.2.2. Delito de amenazas

A la alegación del acusado de que únicamente se trata de lícita crítica política, se abordan por la Audiencia Nacional los límites al derecho a la libertad de expresión y de información del art. 20 CE, admitiéndose que es cierto que en ambos artículos existe crítica política —legítima y amparada por el art. 20.1 CE que reconoce los derechos relativos a la libertad de expresión de los pensamientos, ideas y opiniones—<sup>55</sup> pero considerando igualmente que también se excede tal finalidad crítica para incurrir en dos delitos: amenazas y enaltecimiento y justificación del terrorismo<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Véase STS 1346/2001. FJ.3.

<sup>55</sup> Aunque la Sentencia recoge expresamente “El Tribunal no discute que el procesado estuviese alterado por los continuos retrasos en su excarcelación definitiva, pero si en efecto, tal y como ha manifestado lo que pretendía era luchar contra la campaña mediática que se había iniciado contra su persona y poner en conocimiento de la opinión pública su situación, ninguna necesidad tenía de referirse a personas concretas con nombres y apellidos, ya que los artículos periodísticos no perderían ni un ápice de su fuerza narrativa y de la finalidad con aquéllos pretendida por su autor si se hubieran suprimido tales referencias a jueces y funcionarios de prisiones concretos y determinados”. Se niega, así, que constituya ejercicio legítimo de la libertad de expresión, citando la STC de 20 de julio de 1999 (Mesa Nacional de Herri Batasuna): “Sin embargo, también en este caso y por el mismo motivo señalado respecto de los derechos del art. 23 CE, no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que, como es evidente, con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre”.

<sup>56</sup> En Auto de 25 de junio de 2005, el Magistrado Pedraz se manifestaba en sentido inverso afirmando, acertadamente, en mi opinión, que “el contenido de dichos artículos no pueden sino incardinarse en el derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 20 CE, esto es, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, donde también deben incluirse las creencias y juicios de valor, sean equivocados o no. Son valorables por el lector, quien decidirá si está de acuerdo con su contenido o, en cambio, le repugna o le parece lamentable, execrable, doloroso o inoportuno. Calificación que no puede hacer este instructor por la simple razón de que es autoridad

Como decíamos, la Audiencia Nacional considera que se cumplen los dos elementos que exige el delito de amenazas terroristas (art. 572.1.3º CP):

1. Pertener, o actuar al servicio o colaborar con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. “Así quien de modo consciente, aunque no pertenezca, a la organización terrorista contribuye a la consecución de los objetivos, y no de modo ocasional o esporádico, sino continuo a través de diversos artículos periodísticos publicados en periódicos del entorno de la izquierda abertzale, aportando elementos favorecedores de aquella actividad, está realizando una actividad delictiva encuadrable en lo que cabría entender como un acto de colaboración con organización terrorista, especialmente si por sus conocimientos del entorno en el que se desarrolla su actividad, y ámbito social en el que se desenvuelve, es consciente de los datos que brinda, el tratamiento de la información, no contribuye sólo a la información pública o censura social necesaria en toda sociedad democrática, por agrio que sea el contenido de la información obtenida lo sea frente a estructuras socio-políticas, sino que introduce en la dinámica de favorecer la estrategia terrorista”<sup>57</sup>.
2. Cometer alguno de los delitos de lesión, detención ilegal, amenazas o coacciones a las personas. En este caso, nos encontraríamos ante un supuesto de amenazas, que implica: el uso de expresiones idóneas para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal, injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata y dependiente en una ejecución efectiva de la voluntad del sujeto; que el propósito sea serio, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; y, que esas mismas circunstancias, subjetiva y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente para merecer una contundente repulsa social, que fundamente racionalmente el juicio de antijudicialidad de la acción y su calificación como delictiva.

Se trata de un delito de mera actividad, de expresión o de peligro, y se consuma con la llegada del anuncio a los destinatarios y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesaria la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que el componente objetivo sea apto para amedrentar a la víctima. Por ello, es un delito de carácter circunstancial, que obliga al análisis de las expresiones proferidas dentro del contexto en el que se producen, las condiciones del sujeto pasivo y activo y

---

“judicial”, que no “moral o ética”; salvo que se pretenda convertirle en un “censor”. Lógicamente, a diferencia de la libertad de información (que precisa prueba de los hechos, dada su materialidad), la libertad de expresión no precisa prueba, pues los pensamientos, ideas, juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud”.

<sup>57</sup> Delito de colaboración que, no podría pensarse por separado por impedirlo el criterio de la absorción, de forma que la participación (autoría) en el delito de resultado (¿en este caso el de amenazas?) absorbe la autoría del delito de colaboración con banda armada que es de peligro abstracto, de mera actividad y de carácter general.

cuantas circunstancias contribuyan a la valoración contextual del hecho, lo que permite admitir amenazas “veladas”, es decir, supuestos en que aun cuando las expresiones proferidas por el sujeto activo no contengan de forma exacta la descripción del mal al que se refiere, la identidad o la naturaleza del mismo se desprende de la dinámica de un lugar y tiempo determinado.

Este es el caso que nos ocupa, según la Audiencia Nacional: amenazas “veladas” por “señalamiento” en cuanto que en ningún caso se contiene de forma exacta la descripción del mal con que se conmina, pero la identidad o la naturaleza del mismo se desprende de la dinámica del lugar y tiempo en el que se producen (“aunque no se determine el mal con el que se amenaza... se intuye”, dice literalmente la sentencia), efectuada por un miembro de la organización terrorista ETA con numerosos asesinatos a sus espaldas, dirigida a un Magistrado en concreto y a determinados funcionarios de prisiones a los que conocía por haber coincidido anteriormente con ellos<sup>58</sup>, y que han sido en el pasado objetivo permanente de la organización terrorista, como es público y notorio<sup>59</sup>. Sin embargo, pasa por alto otras circunstancias que también concurren en el entorno comisivo como que, no son personas en absoluto desconocidas en el entorno abertzale, por lo que su señalamiento no supone un incremento del riesgo, que los artículos se publican dos años después del último atentado de ETA y siete años después de que la banda armada renunciara a los funcionarios de prisiones como objetivo<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> “El hecho de que los nombramientos de las personas a las que se dirigían las amenazas fuesen publicados en el BOE, y por tanto de dominio público, no obsta a la comisión del delito que nos ocupa, pues como puede fácilmente comprenderse poco o nada tiene que ver dicha publicidad oficial, con la de los artículos objeto de enjuiciamiento, confeccionados por un interno miembro activo de la organización terrorista ETA, destacado por sus rígidos posicionamientos y su amplio currículum criminal dentro de aquélla, y publicados por un diario del entorno de la Izquierda abertzale, en el que se “señala” a determinados funcionarios públicos con nombres y apellidos e indicación de su destino profesional y se les adorna con frases tales como “otra estrella meteórica labrada sobre el sufrimiento vasco”, “esa cara la tenemos marcada en nuestra memoria a golpes de malos tratos y hambre”, “el actor habrá notado el surco de la porra y la humedad de la sangre al darle la mano”, “las sesiones de tortura, desnudos y rociados de agua, los lamentos y chillidos nunca merecieron un solo día de cese en su cargo”, amen de otras acusaciones de la comisión por parte de aquellos de concretos ilícitos penales.

<sup>59</sup> Continúa defendiéndose la Audiencia Nacional de la posible acusación de aplicación de Derecho penal de autor: “En tal sentido, basta recordar que la utilización de Derecho penal para sancionar “personas” y no “hechos” supone en efecto, una visible quiebra del principio de igualdad, y con ello la vuelta al denominado Derecho penal “de autor” desterrado hace ya mucho tiempo de nuestro ordenamiento penal. Aquél se basaba en la vinculación de la pena a la personalidad del delincuente, no importando la comisión del hecho, bastando que el autor sea lo que es para convertirse en el objeto de la sanción penal. Ello significaría un verdadero retroceso en las garantías penales alcanzadas por el denominado Estado Democrático y Social de Derecho y la proscripción del Derecho penal del “hecho” por el cual la sanción representa sólo la respuesta a la acción individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Aceptar tal Derecho penal de “autor” supone conferir un poder punitivo al Estado ilimitado favoreciendo con ello la concepción totalitaria del mismo. No se puede enjuiciar al acusado por lo que ha sido, o por lo que es, sino por sus actos concretos con relevancia penal y en particular por la autoría innegable de dos artículos periodísticos de contenido amenazante publicados en el diario Gara los días 1 y 30 de diciembre de 2004, titulados “El Escudo” y “Gallizo” respectivamente, y el atender a la cualidad del sujeto activo del delito, no supone aplicar un derecho ya desterrado, sino tan sólo valorar la amenaza y su gravedad en función de la ocasión en que se profiere, personas que intervienen y actos anteriores, posteriores y coetáneos”.

<sup>60</sup> Como señala GARCÍA RIVAS, “Condenan a De Juana Chaos”, *El País*, 4 de noviembre de 2006.

La acusación popular (AVT) solicitaba seis delitos de amenazas, tantos como personas amenazadas, mientras que la Fiscalía solicita la aplicación de las reglas concursales de la continuidad delictiva, a pesar de que el art. 74 CP excluye los delitos contra bienes jurídicos eminentemente personales. Sin embargo, la Audiencia Nacional, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, y, en mi opinión forzando inadmisiblemente la letra de la Ley, esquivando el impedimento, condenando por *un único delito*<sup>61</sup> al apreciar que “las amenazas, por su naturaleza no han provocado una lesión material (sí psicológica) en la persona de los ofendidos, concurren todos los demás elementos exigidos por el art. 74 CP<sup>62</sup>, salvo el dudoso requisito del carácter “ eminentemente ” personal del bien jurídico... *el concepto de bien jurídico lesionado, como personalísimo (que no es absoluto) puede ceder en casos como el que nos ocupa, en beneficio de la continuidad delictiva, evitando de este modo las desproporciones punitivas derivadas de la sanción acumulada de una pluralidad de acciones encuadradas en un único proyecto delictivo*<sup>63</sup>.

Las reacciones de la doctrina penal, de forma prácticamente unánime, se enfrentan al fallo de la Audiencia Nacional. Así se viene entendiendo que el contenido de los dos artículos no son más que una “expresión a la que desgraciadamente ya estamos acostumbrados y que constituye una de las ideas (¿) centrales del discurso abertzale e incluso podría considerarse —si me apuran— una demostración de enaltecimiento o justificación del terrorismo, delito castigado con hasta dos años de prisión, pero no una amenaza directa contra nadie”. Por lo que, se denuncia que “la maldad requerida para construir el delito de amenazas reside no tanto en los actos de De Juana Chaos como en su propia persona, alguien condenado por el asesinato cuya abyección permite atisbar siniestras intenciones tras su denuncia con nombres y apellidos. Ese es el pilar en el que se apoya realmente la condena a más de 12 años de prisión. Y por ese motivo, la sentencia resulta inaceptable”. Pues, “cuando el Derecho Penal deja de castigar hechos concretos para inclinar el fiel de la balanza en contra del acusado por sus características personales, incluido el historial delictivo, abandona el modelo propio del sistema democrático para incurrir en un insostenible “Derecho penal de autor”<sup>64</sup>.

Igualmente el Tribunal Supremo rechaza la calificación de los hechos como amenazas terroristas, pero, en este caso, porque no se cumple el requisito esencial de

<sup>61</sup> Confundiendo, en mi opinión, la unidad delictiva con el concurso de delitos, modalidad privilegiada del concurso real, denominado delito continuado

<sup>62</sup> “existencia de un “dolo unitario en ambos artículos que no es otro sino la privación de la tranquilidad y sosiego de las víctimas y su perturbación anímica”, así, aunque la publicación de ambas misivas son lejanas en el tiempo (ya que una es del 1 y otra del 30 de diciembre de 2004), “en aplicación del principio pro reo” y como se desconoce la fecha exacta en la que el artículo denominado “Gallizo” fue escrito (fechado el 21 de noviembre de 2004), y “existiendo una simetría de contenidos así como de la finalidad perseguida por el autor, hace que esa disfunción cronológica sea irrelevante”

<sup>63</sup> Tal doctrina ha sido recogida en SSTS 1537/1997, de 12 de diciembre; 832/1998, de 17 de junio; 376/2004, de 17 de marzo, así como en SAN 28/2006, de 26 de abril

<sup>64</sup> Vid. GARCÍA RIVAS, “Condenan a De Juana Chaos”, *El País*, 4 de noviembre de 2006.

integración en banda armada —como reconoce la Audiencia Nacional al afirmar que la situación actual de De Juana le imposibilita físicamente para actuar integrado en ETA<sup>65</sup>—.

También analiza, la posibilidad de que las amenazas pudieran constituir un delito de colaboración con banda armada del art. 576.2 CP en cuanto “son actos de colaboración la información o vigilancia de personas...”, puesto que en ambos artículos se da información sobre seis (?) personas indicando sus nombres y apellidos y comportamientos concretos. Se rechaza la posibilidad pues considera que la información proporcionada carece de relevancia para que ETA planifique sus actuaciones, aparte de que lo habitual sea darlos de forma clandestina y no por medio de un periódico, ya que podía conseguirse fácilmente, “si decidiera poner fin a la suspensión de sus acciones contra funcionarios de prisiones, que acordó la propia ETA en un comunicado del 21 de noviembre de 1997 publicado en el diario “Egin”.

En cambio, el Tribunal Supremo considera que la referencia a «jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura, carceleros sin escrúpulos», y la advertencia: «Hace años le escuché a un muy apreciado compañero chillar con fuerza ‘Sacad vuestras manos sucias de Euskal Herria’ ‘¡Sí, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimiento! O el futuro terminará demostrando, sin duda que os quedasteis sin ellas», constituyen un delito de amenazas a un grupo de personas (art. 170 CP) y no amenazas individuales, pues no encuentra ningún párrafo o expresión que pudiera considerarse amenazadora para estos sujetos<sup>66</sup>, ni tampoco puede inferirse del contexto de circunstancias concurrentes que ese fuera el ánimo del autor<sup>67</sup>. Se reconoce que estos hechos podrían, eso sí, haber sido reputados sendos delitos de injurias o calumnias debido a la atribución que se hace de determinados comportamientos ofensivos para cada uno de ellos<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> En el Voto Particular de Sánchez Melgar, al que de adhiere íntegramente Maza Martín, se expresa literalmente de la siguiente forma: “predicar tal condición —integrante de banda armada— del acusado, era seguramente un sarcasmo, cuando no se accedía a la condena por pertenencia precisamente en función de estar ya condenado por lo mismo”. Al mismo tiempo, en el mismo Voto Particular, el Magistrado se lamenta de esta laguna legal irresoluble por vía judicial.

<sup>66</sup> Para Sánchez Melgar, en el Voto Particular, este “marcaje” de objetivos no era fácilmente deducible de la lectura de los escritos enjuiciados, pues solamente se observaban unas consideraciones críticas con algunas personas (jueces o directores de prisiones), y contra otros colectivos, como políticos en particular, de donde no podía inferirse *inequívocamente* que se les señalara para que la banda terrorista atentara contra ellos. Por lo que se pueden entender como ejercicio de una crítica social, penitenciaria y política. Además, se pregunta por qué algunos nombres se consideran marcaje de objetivos y otros sencillamente crítica política.

<sup>67</sup> Resulta muy curioso que el Tribunal Supremo parezca inferir la exclusión de esta calificación del elemento subjetivo: “Así pues, entendemos que no existieron amenazas individuales. No quedó probada intención alguna en el procesado de amenazar a personas concretas”.

<sup>68</sup> En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA RIVAS, “Se condena a De Juana Chaos”, *El País*, 24/11/2006, pues alude con nombres y apellidos a un juez central de Vigilancia Penitenciaria y a varios funcionarios de prisiones, acusándoles de actuar al margen de la ley e incluso, en algún caso, de cometer delitos concretos (torturas, malversación de caudales públicos, etc...), menciones que quizá habrían servido para que estas personas se querellaran contra De Juana Chaos si hubieran considerado calumniosas dichas imputaciones, cosa que no hicieron.



Las amenazas genéricas tipificadas en el art. 170.1 CP no requieren la producción de temor en los sujetos pasivos, sino una conducta que cree el riesgo específico de atemorizar, intimidar, amedrentar a “los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas”, con la conminación de la comisión contra ellos de determinados delitos<sup>69</sup>. Y, por ello, además de que el dolo deba abarcar esta finalidad, “deben realizarse con seriedad, firmeza y determinación (o concreción del mal)”. Requisitos que considera probados pues se amenaza con males graves constitutivos de delitos “expresados con la metáfora de quedarse sin manos”, dirigida a los colectivos mencionados, siendo una amenaza grave e idónea para atemorizarlos, en la parte que tienen relación con el País Vasco o con los órganos penales de la Audiencia Nacional o con las prisiones donde se hallan o se han hallado reclusos los presos por su participación o colaboración con ETA.

Finalmente considera que aunque dichas amenazas se someten a condición “la de que las instituciones del Estado Español se marchen del País Vasco dejando todos sus poderes y entidades públicas en manos de un Estado Vasco independiente”, dicha condición es imposible. Se trata de una “pretensión permanente de ETA, constantemente reivindicada como finalidad de su actividad terrorista, *que es irrealizable, no encontrándose en manos de nadie acceder a la misma*, tampoco en manos de ninguno de esos colectivos amenazados: jueces, políticos o funcionarios de prisiones. Se trata, pues, *de una condición imposible de cumplir ni por tales grupos amenazados ni por nadie, repetimos*”<sup>70</sup>. Discrepa Sánchez Melgar en el Voto Particular pues le resulta evidente que el sentido sería “terminad con vuestra represión, o ateneros a dichas consecuencias”, criticando el sentido civilista que ha dado la Sentencia a la condición (*...la condición imposible se tiene por no puesta...*), considerando que aún cuando no pueda fácilmente llevarse a efecto dicha condición, ésta se encuentra igualmente inserta en el texto de la amenaza. Y acertadamente, en mi opinión, pone de manifiesto que “*tampoco puede decirse que sea una condición imposible*: es precisamente el objetivo declarado por la banda terrorista ETA durante todos estos años”.

### III.2.3. Enaltecimiento del terrorismo

El Ministerio Fiscal solicitó con carácter alternativo<sup>71</sup>, tanto en instancia como en casación, la condena por delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo (art.

<sup>69</sup> A pesar de que la sentencia del Tribunal Supremo considere que no se trata de uno de los delitos que se enumera en la larga lista del artículo anterior, sino cualquier clase de delito, lo que carece de lógica.

<sup>70</sup> Personalmente me resulta sorprendente esta afirmación, entrando el Tribunal Supremo en valoraciones políticas.

<sup>71</sup> El Tribunal Supremo considera que, si efectivamente la condena por coacciones (art. 170.1. parr II — aunque erróneamente se hace referencia por el Fiscal al art. 170.2) sí que resulta incompatible con el delito de amenazas y por ello debe solicitarse alternativamente; no ocurre lo mismo con el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo. Así la alternatividad en este caso se debería a la desproporción entre los hechos y

578 CP) que exige: la utilización de cualquier medio de expresión pública o difusión para difundir acciones o palabras que enaltezcan (elogiar, alabar cualidades o méritos) o justificar (hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas comportamiento criminales)<sup>72</sup> cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo (arts 571-577 CP) o a cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos, sin necesidad de identificarlos, pudiendo referirse a un colectivo.

Para la Audiencia Nacional el principio de especialidad (art. 8.1 CP) impide la aplicación del artículo 578 CP que persigue el castigo de la exaltación de los métodos terroristas o la de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen la perplejidad e indignación de la sociedad y que merecen un claro reproche social. Es por ello que, los actos de “enaltecimiento o justificación” consisten en “alabar” o “apoyar”, sin necesidad de que la expresión a que se refieran incite directa o indirectamente a la comisión de un delito, ni que el dolo del autor abarque más allá del propio elogio, tienen que estar dotados de una publicidad de cierta calidad y capacidad de incidencia e inscribirse en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terrorista en sentido estricto, elementos todos ellos ausentes en los artículos periodísticos objeto de análisis”<sup>73</sup>.

En cambio, para el Tribunal Supremo, las expresiones contenidas en “El Escudo” al modificar los roles, considerando a jueces, políticos o funcionarios de prisiones como agresores y torturadores frente a los encarcelados, utilizando un tono apologético del colectivo de presos vascos y de los motivos de su encarcelamiento que les convertiría en inocentes víctimas, alabando su resistencia a la resocialización, debe considerarse enaltecimiento del terrorismo pues se justifican sus crímenes porque tienen “el escudo de la razón” y se afirma que se hallan injustamente secuestrados por un sistema autoritario.

---

la pena a imponer, que desaparece al no condenarse por amenazas terroristas sino por las amenazas del art. 170.1. Así, el Tribunal Supremo, entiende que no le obliga la alternatividad con que solicita el Ministerio Fiscal la condena por enaltecimiento del terrorismo y que está autorizado para entrar en el fondo del asunto examinando si existe o no el delito del art. 578.

<sup>72</sup> Teniendo un significado más amplio que la analogía (art. 18.1 CP)

<sup>73</sup> Tampoco aceptan la agravante de reincidencia ya que, pese a encontrarse dentro del mismo título que muchos otros por los que ya ha sido condenado, no tienen la misma naturaleza que el art. 578, ya que los delitos cometidos anteriormente son propiamente delitos de terrorismo, delitos de comisión de atentados con resultado de muerte y otros, de naturaleza diferente a un delito de opinión. Citándose ATS 23 de mayo de 2002 y STC 199/1987.

#### IV. Auto del Juzgado Central de Menores con Funciones de Vigilancia Penitenciaria de 1 de marzo de 2007 sobre la clasificación penitenciaria de J.I. De Juana Chaos

Conforme al art. 64.2 LOGP y al art. 100.1 RP, una vez recaída sentencia condenatoria, los equipos cualificados de especialistas<sup>74</sup> se realizará un estudio científico de la personalidad del observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda. Aunque el art. 10 LOGP y el art. 102.5.c) RP establece que una de las variables y criterios de clasificación en primer grado de los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, será la ponderación de “su pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas”, es cierto que no es decisivo sino únicamente una circunstancia más a tener en cuenta.

Las Juntas de Tratamiento deberán ponderar la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento (art. 102.2 RP). Así serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento en semilibertad. Conforme a lo establecido en el art. 103 RP. La propuesta de clasificación inicial penitenciaria se formulará por las Juntas de Tratamiento previo estudio del interno. El protocolo de clasificación penitenciaria contendrá la propuesta razonada de grado y el programa individualizado de tratamiento en el que se dará cobertura a las necesidades y carencias detectadas en el interno en los ámbitos señalados en el art. 20.2 RP<sup>75</sup>.

Por ello, la realidad penitenciaria de los presos terroristas conlleva la habitual clasificación en segundo grado, régimen ordinario (art. 72.2 LOGP)<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Equipos cuya composición y funciones se determinarán en el estatuto orgánico de funcionarios (y contarán con la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos) (art. 69 LOGP)

<sup>75</sup> Además, la resolución sobre la propuesta de clasificación penitenciaria se dictará, de forma escrita y motivada, por el Centro Directivo en el plazo máximo de dos meses desde su recepción, notificándose al interno interesado, e indicándole que de no estar conforme con la misma, puede acudir en vía de recurso ante el Juez de Vigilancia.

<sup>76</sup> En cuanto a la clasificación en tercer grado, la reforma de la LO 7/2003 alcanzó también al art. 72 de la LOGP, añadiéndole: un apartado 5 que requiere para la progresión al tercer grado “que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, singularmente” en determinados delitos —pese a esta formulación, cuyo tenor literal llevaría a situaciones de injusticia material por discriminación en función de la capacidad económica del reo, los criterios que da la norma para valorarlo empujan a entender que lo que se pide no es tanto que se haya satisfecho efectivamente cuanto que el penado haya intentado seriamente hacerlo—, y un apartado 6 de acuerdo con el cual es preciso un arrepentimiento efectivo y la colaboración con los tribunales

Existen también casos especiales, por ejemplo (art. 104.4 RP) cuando los penados sean enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, que podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad.

En cualquier caso, conforme al art. 100.2 RP “no obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible, el equipo técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”<sup>77</sup>.

---

para que los reos terroristas o insertos en organizaciones criminales puedan acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario. Siguiendo las previsiones contenidas en la Decisión Marco del Consejo de Europa de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo, la LO 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, establece disposiciones premiales en la legislación relativa a la ejecución de la pena de prisión, tanto para la clasificación en tercer grado penitenciario como para obtener la libertad condicional. Se impone que, junto a los requisitos generales, los condenados por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y, además, hayan colaborado activamente con las autoridades bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y el procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de 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 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. 72.6 LOGP). En el mismo sentido, el art. 90 CP establece que, con respecto a la concesión de la libertad condicional, el pronóstico de reinserción social necesario será favorable cuanto el penado muestre signos de haber abandonado los fines y los medios terroristas y, además, haya colaborado activamente con las autoridades de alguna de las formas descritas en el art. 72.6 LOGP.

<sup>77</sup> La Instrucción 3/2006 de la dirección General de Instituciones Penitenciarias establece “indicaciones para las Juntas de Tratamiento y servicios médicos” en relación con la “atención penitenciaria a internos en tratamiento médico de especial penosidad”. Concretamente regula la aplicación de los arts 86.4 relativo a las salidas de prisión y al art. 100.2 RP. Conforme al contenido de esta instrucción se señala por ZARZALEJOS NIETO, “El caso De Juana Chaos” paradigma de arbitrariedad”, *Cuadernos de Ermua*, nº 21, pp. 14 y ss, cuatro irregularidades: “1ª. Que la propuesta no expresa qué tratamiento médico de especial penosidad debe recibir. Conforme a la Instrucción 3/2006, el sistema flexible del art. 100.2 se circunscribe a tratamientos especialmente penosos como “quimioterapia antitumoral, personas con trasplante reciente, rehabilitación en parapléjicos, u otros”. También se aplica a toxicómanos en programas de desintoxicación. 2ª. La propuesta no expresa la razón para que deba ser trasladado a un centro hospitalario de San Sebastián, puesto que según la Instrucción el art. 100.2 tiene la premisa de que el tratamiento del preso sólo puede administrarse en condiciones distintas a las propias del régimen penitenciario en el que se halla el recluso. Sin embargo, la propuesta de la Junta de Tratamiento no concreta qué programa médico iba a recibir de Juan que no fuera posible administrarle en el Doce de Octubre. 3ª. La propuesta no acota la vigencia del sistema flexible al plazo estrictamente necesario para la administración del tratamiento específico. 4ª. La propuesta no ordena el reingreso de De Juana a la prisión una vez terminado el tratamiento médico. Realmente la propuesta hace lo contrario: ordena que “después de causar alta, permanecerá en su domicilio, con el horario que se determine, con seguimiento telemático continuado” Esta decisión vulnera las condiciones legales del segundo grado penitenciario en el que fue clasificado por el que le corresponde el régimen ordinario y por tanto el cumplimiento de su condena en prisión.

Así, en casos como el que nos ocupa, la aplicación del art. 100.2 RP, exige que la resolución adoptada por el Centro Directivo de la Institución Penitenciaria, necesariamente tiene que ser valorada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente para comprobar el cumplimiento de los requisitos y presupuestos necesarios para su aplicación (sin embargo, no se trata de un procedimiento contradictorio, ya que todos los informes son favorables, quedando reducida su función jurisdiccional a constatar que se ha cumplido estrictamente la legalidad vigente). El 1 de marzo de 2007, el Juzgado Central de Menores con Funciones de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional, dicta un Auto, en el que confirma la propuesta de clasificación de la Junta de Tratamiento del CP Madrid IV<sup>78</sup> concediendo al interno De Juana Chaos la clasificación inicial en segundo grado (art. 100.2 RP) con imposición de medidas específicas de seguimiento y control (arts. 86.4 y 105 RP)<sup>79</sup>. En dicho Auto se señala que “para favorecer el tratamiento médico recuperador y los controles sanitarios precisos, el interno, una vez cause alta en el centro hospitalario, para continuar con tratamiento ambulatorio u otras medidas de seguimiento de la evolución de su estado de salud, se verá eximido de pernoctar en el establecimiento penitenciario, una vez se hayan aplicado los dispositivos de seguimiento telemático”.

No debe confundirse esta forma de cumplimiento de la condena con la libertad condicional<sup>80</sup> que debido a la LO 7/2003, excluye a los reos de delitos terroristas de la posibilidad de adelantar a las dos terceras partes de cumplimiento la libertad

<sup>78</sup> De la que se había dado el debido traslado al Ministerio Fiscal, que había emitido informe favorable.

<sup>79</sup> Estableciéndose los siguientes controles: “Mientras permanezca en el centro hospitalario, será controlado a diario por los servicios médicos del centro penitenciario de destino, que remitirán informe con la misma periodicidad a esta Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Además, por los Servicios Sociales se establecerán las medidas de coordinación con los servicios homólogos del centro hospitalario para completar su seguimiento. También se realizarán los controles de seguridad que se consideren adecuados”. “Después de causar alta, permanecerá en su domicilio, con el horario que se determine, con seguimiento telemático continuado. Las salidas del mismo, para asistir a consulta e ingreso hospitalario o para el desarrollo de actividades terapéuticas, deberán ser previamente autorizadas por las unidades competentes del establecimiento penitenciario de destino”. “Los informes médicos se enviarán a la Dirección General, una vez la evolución del tratamiento permita el control en su domicilio, tendrán carácter semanal”. “Conforme evolucione su estado de salud, se podrán imponer otras medidas de control y seguridad”

<sup>80</sup> La Recomendación (2003) 23, sobre gestión por la Administración penitenciaria de las condenas de larga duración, de 9 de octubre de 2003 expone los tres diferentes modelos de libertad condicional existentes en los Estados miembros del Consejo de Europa: a) el modelo discrecional, que se funda sobre el principio de individualización y personalización, que es el más frecuente; b) el modelo obligatorio, donde la liberación resulta obligatoria tras un determinado tiempo de detención y se funda sobre la idea de igualdad y c) el modelo mixto, más pragmático, que combina el modelo discrecional para las penas largas y el obligatorio para las penas cortas. El sistema español se corresponde con el primer modelo, modelo discrecional, sobre el que la Recomendación (2003) 23, opina que tiene graves inconvenientes por la “ausencia de criterios objetivos y explícitos para otorgar la liberación, lo que provoca cierta arbitrariedad en el proceso de decisión; disparidades de criterios entre las decisiones de las distintas instancias; falta de fiabilidad en el pronóstico sobre la futura reincidencia, que se efectúa sin la ayuda de instrumentos científicos especializados; incertidumbre en cuanto a la fecha de la liberación, que dificulta la planificación de medidas eficaces para orientarla; y, por último, todos los motivos anteriores provocan desconfianza en el sistema y falta de motivación en los detenidos para cooperar en el cumplimiento de las condiciones y exigencias para su obtención”. Vid. Con mayor amplitud, SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, REDH, 2006, (cit nota 28) pp. 250 y ss.

condicional (art. 91.1, por cierto, sin prever que pueda dispensarse aun cuando hubiera arrepentimiento efectivo y colaboración activa); y con carácter general se exige para poder acordar esta posibilidad excepcional de libertad condicional adelantada previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las “demás partes”.

Aclara el propio Auto que esta Propuesta de clasificación en un segundo grado penitenciario es excepcional en virtud de la posibilidad recogida en el art. 100.2 RP en el que se permite este contenido concreto<sup>81</sup>, pero que en ningún caso constituye ni la creación de un grado de cumplimiento intermedio entre el segundo y el tercer grado, ni tampoco un beneficio penitenciario<sup>82</sup>. Y reafirma que las razones quedan motivado el modelo de ejecución específico finalmente adoptado son estrictamente sanitarias “derivadas del estado de salud en el que se encuentra producido por una actitud de huelga de hambre, que, según informes médicos, incluso con alimentación forzosa, puede provocar lesiones orgánicas irreversibles que incluso podrían producirle la muerte súbita (conforme Informe médico del Hospital 12 de Octubre de Madrid, de 26 de febrero de 2007, ratificando informes anteriores)”.

Reconoce la resolución “el enorme rechazo social y jurídico que merecen determinados comportamientos”, y que se excluye de pleno la aplicación otras figuras jurídicas penitenciarias —refiriéndose lógicamente a la libertad condicional<sup>83</sup>— puesto que exige una valoración subjetiva positiva, y sin embargo, independientemente de las características personales del sujeto en concreto y de que haya participado en la creación de la situación en la que se encuentra, el Estado de Derecho no puede renunciar a la aplicación de los principios de humanidad y al respeto pleno al derecho a la vida, incluso en aquéllos que no respetaron la de otros; lo que supone la auténtica grandeza del Estado de Derecho y sin duda una conquista de nuestra civilización”. Y en otro momento, igualmente afirma que esto es “lo que determina la superioridad ética del Estado de Derecho y la asime-

<sup>81</sup> Se advierte, erróneamente en mi opinión, pues confunde el tercer grado con este segundo grado excepcional, por parte del Foro de Ermua (*Cuadernos de Ermua*, nº 21, p. 4) que dicha posibilidad no está permitida por la legislación penitenciaria, pues el art. 63 LOGP establece que la clasificación del interno —primero, segundo o tercer grado— deberá basarse en la personalidad, historial individual, familiar, social y delictivo del mismo, duración de la pena, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento APRA el buen éxito del tratamiento (resocializador). Asimismo, se alega que el art. 72.5 establece que para acceder al tercer grado (en este caso no estamos ante un tercer grado, sino ante un segundo grado) deberá haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. Y que todos estos criterios son contrarios en el Caso De Juana a la concesión de este tercer grado.

<sup>82</sup> “Ya que jurídicamente sólo pueden calificarse como tales los que se recogen en el art. 202 del Capítulo II del Reglamento penitenciario”.

<sup>83</sup> Cfr. BANACLOCHE, “Un nuevo fraude de Ley”, *Cuadernos de Ermua*, nº 21, pp. 5 y ss, que “el Gobierno ha evitado conscientemente acudir al sistema de libertad condicional, que se puede otorgar a los penados clasificados en tercer grado, para impedir así la correspondiente tramitación de un expediente y la necesaria decisión del Juez Central de Vigilancia Penitenciaria sobre el cumplimiento de los requisitos que permiten acceder a dicho grado, entre ellos el rechazo al terrorismo y la expresa petición de perdón a las víctimas. Como De Juana Chaos no parecía estar por la labor de arrepentirse, ni el Gobierno de exigírselo, éste ha decidido evitar así el control judicial directo de las condiciones previas del tercer grado”.

tría moral entre quien resulta condenado y los ciudadanos observantes de la ley”<sup>84</sup>.

En aplicación de esta resolución, De Juana Chaos fue trasladado al Hospital Donostia en San Sebastián el 1 de marzo de 2007.

Este Auto de 1 de marzo de 2007, que contiene, reitero, la aprobación requerida por el art. 100.2 RP por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria —en este caso el Juzgado Central de Menores con funciones de Vigilancia Penitenciaria— de la propuesta de la Junta de Tratamiento —en este caso de la Junta del Centro Penitenciario de Aranjuez— fue repetidamente asumida por el Ministro del Interior, Sr. Pérez Rubalcaba, como una decisión de carácter político<sup>85</sup>. Evidentemente, la ejecución de la pena se lleva a cabo por la Administración penitenciaria, más sin embargo, en mi opinión, considerar “política” una decisión judicial basada en un informe emitido por un grupo de funcionarios públicos que realizan una serie de funciones dentro de las prisiones en función de cargos que ocupan en virtud de criterios de mérito y capacidad (no siendo cargos discrecionales), como es la Junta de Tratamiento, resulta en el mejor de los casos irrespetuosa.

En dicho centro hospitalario permaneció hasta el 5 de junio de 2007, cuando, habiéndole dado el alta hospitalaria por haber desaparecido el riesgo de muerte, se propone por el Equipo Médico del Hospital de Donostia un plan específico de tratamiento, ya que no ha causado alta médica, el Juzgado Central de Menores (con Funciones de Vigilancia Penitenciaria) se encontraba ante dos alternativas con relación al cumplimiento del periodo que le resta de cumplir de prisión —que es superior a un año—: o bien cumplimiento en su domicilio con vigilancia policial u otras medidas de control predeterminadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o su vuelta a prisión.

La Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a la vista de los informes médicos y de los elaborados por los técnicos sanitarios de la DGIP desplazados a dicho Hospital con la finalidad de examinar al interno, propone destinar al interno al Centro Penitenciario de Madrid VI (Aranjuez), como lugar adecuado para desarrollar el

<sup>84</sup> Las reacciones ante esta decisión han sido realmente virulentas por determinados sectores. Así el Foro de Ermua (*Cuadernos de Ermua*, nº 21, pp. 2 y ss) confundiendo esta forma de cumplimiento con la excarcelación, se la atribuyen directamente al Presidente del Gobierno y la consideran un “repugnante insulto a las víctimas del terrorismo, a la justicia, a la democracia y a la sociedad española” “significa la rendición definitiva del Gobierno frente a ETA, con esta grave cesión, y acredita que el Ejecutivo continúa negociando en secreto con la banda terrorista y ha mentido nuevamente a los españoles”.

<sup>85</sup> Cfr. BANACLOCHE, “Un nuevo fraude de Ley”, *Cuadernos de Ermua*, nº 21, pp. 5 y ss, que secunda la idea de que se trata de una decisión política, pero, en este caso la considera ilegítima, afirmando que “desde una óptica estrictamente jurídica, ni De Juan es un enfermo grave, ni padece una enfermedad incurable, ni la ley permite el acceso a la nueva situación a la que se encuentra... estamos ante una decisión estrictamente política, de casi imposible control judicial real, y realizada en manifiesto fraude de Ley”. En el mismo sentido, ZARZALEJOS NIETO, “El caso De Juana Chaos” paradigma de arbitrariedad”, *Cuadernos de Ermua*, nº 21, pp. 8 y ss “considerando que se trata de una libertad condicional encubierta, por no calificarlos directamente como un indulto”

programa médico previsto, centro del que dependía mientras había estado ingresado en el Doce de Octubre. El hecho de que el interno hubiera declarado en múltiples ocasiones que se negaría a llevar la pulsera de localización en caso de que le permitieran cumplir el resto de la condena en su domicilio, que volvería a la huelga de hambre si le devolvían a prisión, el comunicado de ETA poniendo fin (formalmente) a la tregua y las correspondientes declaraciones del mundo político al respecto, por ejemplo, Pérez Rubalcaba afirmando que en ningún caso cumpliría la pena en su domicilio, no hacen más que añadir otra dosis de confusión en la ciudadanía e incrementar la sensación de confusión entre los poderes judicial y ejecutivo existente.

El Auto de 6 de junio de 2007, del Juzgado Central de Menores (con funciones de Vigilancia Penitenciaria), firmado por el magistrado José Luis Castro Antonio, acuerda el traslado del interno para continuar su tratamiento médico en el Centro Penitenciario de Aranjuez donde sigue clasificado en segundo grado (art. 100.2 RP)<sup>86</sup>.

Durante los primeros días de su reingreso en prisión, De Juana Chaos no ingirió alimento alguno, sin embargo, esta huelga de hambre material no fue comunicada a Instituciones Penitenciarias y fue abandonada de hecho el 9 de junio. La ruptura del alto el fuego comunicado por la banda terrorista, las declaraciones del Ministro del Interior, las detenciones realizadas en los últimos días, auguran futuros acontecimientos que no permiten poner el punto final al presente artículo, sino lamentablemente sólo un punto y seguido.

## V. Conclusiones

La excarcelación por el cumplimiento de la pena impuesta conforme al Código Penal de 1973 a un asesino terrorista irredento como De Juana Chaos ha supuesto una conmoción social en nuestro país de tal calibre que la defensa de las garantías básicas, constitucionalmente establecidas, resulta tremendamente impopular. Nunca un hecho semejante fue utilizado como arma política con tanta saña. Las diferentes calificaciones jurídicas realizadas con motivo de la publicación de los dos artículos en el Diario Gara sostenidas tanto por la Fiscalía, como por la AVT, la Audiencia Nacional y el Supremo, además de mostrarnos las diferentes perspectivas utilizadas sobre la misma base fáctica, no siempre correctamente, en mi opinión, también han contribuido —lo que resulta más preocupante— a la lamentable percepción de un sistema judicial permeable a las tensiones políticas coyunturales.

---

<sup>86</sup> Se debe elaborar para ello un plan específico que deberá contemplar, al menos las siguientes actuaciones: - continuar con el tratamiento farmacológico que se prescriba; - realizar ejercicios aeróbicos; - control por personal sanitario de las dolencias actuales; - salidas al centro hospitalario para revisiones en medicina interna, traumatología, psiquiatría y otras atenciones especializadas. Citándose además en este auto la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de huelgas de hambre realizadas por internos, la cual, como hemos visto se considera una relación de especial sujeción, como advertencia de que “no es constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar asistencia médica, que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el art. 15 CE protege”.



### Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, “El nuevo modelo de política criminal”, *Jueces para la Democracia*, noviembre, 2006, pp. 19 y ss.
- BANACLOCHE, “Un nuevo fraude de Ley”, *Cuadernos de Ermua*, nº 21, pp. 5 y ss,
- CUERDA RIEZU, “El concurso real y la acumulación de penas en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, VII-2006, pp. 215-296.
- DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo de seguridad ciudadana”, *Jueces para la Democracia*, nº 49, 2004.
- GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GARCÍA RIVAS, “Se condena a De Juana Chaos”, *El País*, 4/11/2006.
- GÓMEZ BENÍTEZ, “El cumplimiento de la pena de prisión: ¿resocialización (libertad) versus seguridad ciudadana?”, *Libertad, seguridad y Derecho*, Ed. Fundación Modernización de España, Madrid, 2003, pp. 68 y ss.
- LARRAURI PIJOAN, E., “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, *Jueces para la Democracia*, nº 55, 2006, pp. 1 y ss.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “La privilegiada situación de De Juana Chaos”, *Diario La Ley (www.laley.net)*, Año XXVIII, nº 6678, Viernes, 23 de mayo de 2007.
- SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, “La sentencia del TEDH en el asunto Léger c. Francia, de 11 de abril de 2006. Sobre la compatibilidad de las penas de larga duración con las exigencias del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales (REDF)*, nº 7/1er semestre 2006, pp. 221-270.
- SAVATER, F.: “Lo están empeorando todo”, *El Correo*, 30 de mayo de 2007.
- TELLEZ AGUILERA, “Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”, *ADPCP*, Tomo LII, 1999, p. 328; el mismo, “La crisis de la prisión: aproximación práctica a las nuevas fórmulas penológicas”, *Anuario de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. VI, 1996-1997, pp. 101 y ss;
- “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”, *La Ley*, nº 5837, 14 de agosto de 2003.
- ZARZALEJOS NIETO, “El caso De Juana Chaos” paradigma de arbitrariedad”, *Cuadernos de Ermua*, nº 21, pp. 14 y ss

