

# LA POLÍTICA DE DISPERSIÓN DE PRESOS DE ETA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

## THE DISPERSION POLICY OF ETA PRISONERS IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Dra. Marta Fernández Cabrera

Profesora sustituta interina del área de Derecho penal. Universidad de Málaga

**Resumen:** La política de dispersión de presos de ETA es una cuestión controvertida que se ha visto más discutida tras el cese definitivo de la actividad armada por parte de la organización terrorista. Desde hace tiempo, colectivos de presos vienen solicitando cumplir sus penas privativas de libertad en cárceles del País Vasco y Navarra para poder facilitar el régimen de visitas a sus familiares. La negativa del gobierno a reconsiderar esta postura ha suscitado pronunciamientos por parte de los tribunales españoles, que han mantenido una línea de rechazo similar. Sin embargo, el TEDH ha sostenido una posición diferente en supuestos similares, considerando que el cumplimiento de una pena de prisión alejado del domicilio constituye una injerencia vulneradora del Derecho a la vida personal y familiar previsto en el artículo 8 del CEDH (casos *Khodorkovskiy and Lebedev c. Rusia* y *Vintman y Rodzevillo c. Ucrania*). El presente trabajo aborda la cuestión de qué haría el TEDH si hipotéticamente tuviera que pronunciarse sobre esta cuestión a la luz de la jurisprudencia consolidada.

**Abstract:** ETA prisoner dispersion policy is a controversial policy that has been more discussed after the definitive cessation of armed activity by the terrorist organization. For some time, groups of prisoners have been requesting to serve their custodial sentences in prisons in the Basque Country and Navarre in order to facilitate the visiting arrangement to their families. The government's refusal to reconsider this position has prompted pronouncements by the Spanish courts, which have maintained a line of similar rejection. However, the European Court of Human Rights has maintained a different position in similar cases. On repeated occasions, it has considered that serving a prison sentence away from home constitutes an interference that violates the right to personal and family life provided for in Article 8 of the ECHR (*Khodorkovskiy and Lebedev c. Rusia*, *Vintman and Rodzevillo c. Ucrania*). The aim of this paper is to resolve what the ECHR would do if hypothetically it were necessary to pronounce taking into account consolidated jurisprudence.

**Palabras clave:** política de dispersión de presos, derecho al respeto a la vida privada y familiar, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, artículo 8 CEDH, tutela multinivel de los derechos fundamentales

**Keywords:** prisoner dispersion policy, right to respect for private and family life, article 8 ECHR, multilevel protection of fundamental rights

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2015-67512-P “La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional” financiado por MINECO y FEDER y se ha visto enriquecido gracias a la estancia de investigación realizada en el Instituto de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Universidad de Friburgo de Brisgovia y el instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo de Brisgovia.

## Sumario

1. Introducción
  2. La posición de la jurisprudencia española sobre el acercamiento de presos de ETA
  3. La Jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida privada y familiar de presos alejados del domicilio familiar
    - 3.1 Circunstancias fácticas que rodeaban los pronunciamientos
    - 3.2 Doctrina extraíble
      - 3.2.1 Primer nivel: ¿Hay injerencia en el derecho?
      - 3.2.2 Segundo nivel: ¿La injerencia persigue un objetivo legítimo?
      - 3.2.3 Tercer nivel: ¿La medida es necesaria en una sociedad democrática?
  4. La reciente sentencia del TEDH sobre el caso Urko Labaca Larrea c. Francia
  5. ¿Es extrapolable la solución del caso Urko Labaca Larrea c. Francia a un supuesto afectado por la política de dispersión española?
  6. ¿Vulnera el artículo 8 CEDH la política de dispersión española?
    - 6.1 ¿Hay injerencia en el derecho a la vida personal y familiar?
    - 6.2 ¿Está justificada la injerencia a la luz de lo dispuesto en el artículo 8.2 del CEDH?
    - 6.3 ¿Es necesaria la injerencia en una sociedad democrática?
      - 6.3.1 ¿Son “suficientes” o “relevantes” las razones que invoca el Estado español?
      - 6.3.2 ¿El Estado tuvo en cuenta la necesidad del recluso de mantener algunos vínculos sociales y familiares?
  7. Conclusiones
- 1. Introducción**

Como ha señalado LAMARCA PÉREZ “La legislación antiterrorista es, sin duda, uno de los mejores bancos de prueba que se puede utilizar para conocer el estado de salud de que goza un Estado democrático y es precisamente en esta materia donde el sistema político, incluso el más democrático, muestra de modo más patente una tendencia clarísimamente autoritaria que lesiona de manera grave la eficacia de las garantías individuales”<sup>2</sup>. España, en este sentido, es lo más opuesto a una excepción. El régimen dispuesto legalmente en materia de terrorismo en el ordenamiento español ha sido calificado como un auténtico “subsistema penal de excepción” que no solo ha establecido singularidades al régimen general en el ámbito de ejecución de la pena, sino también en el derecho penal sustantivo y procesal<sup>3</sup>. La exacerbación punitiva, además de suponer un recorte de las garantías individuales

---

<sup>2</sup> LAMARCA PÉREZ, C. “Noción de terrorismo y clases. Evolución legislativa y político-criminal”, en VV.AA. (JUANATEY DORADO, C, (dir.) y FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. (coord.)) *El nuevo panorama del terrorismo en España*. Publicaciones Universidad de Alicante. Alicante. 2013, pág.40.

<sup>3</sup> Crítico con el tratamiento excepcional del terrorismo en la legislación penal española Vid. CANO PAÑOS, M.A. *Régimen penitenciario de los terroristas en España: La prisión como arma para combatir a ETA*. Dykinson. Madrid. 2012, págs. 29 y ss.; FARALDO CABANA, P. <sup>3</sup> FARALDO CABANA, P. “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción”, en VV. AA. (CANCIO MELIÁ, M y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (I). Edisofer. Madrid, 2006, pág. 798; LANDA GOROSTIZA, J.M. “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿Hacia dónde?”, en VV.AA. (CANCIO MELIÁ, M y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (II). Edisofer. Madrid, 2006 págs. 165-201; LLOBET ANGLÍ, M. “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y efectivo de las Penas y

alcanzadas durante el siglo pasado, constituye una política contraproducente que, incluso está dando lugar a efectos contrarios a los que se pretenden. En el ámbito penitenciario, la manifestación más clara y continuada de la existencia de una política de excepción es la dispersión geográfica.

La política de dispersión surge en 1987 como reacción a la política de concentración vigente en la primera mitad de la década de 1980. Esta pretendía aglutinar en cuatro centros penitenciarios a reclusos condenados por terrorismo con objetivos como el de evitar el contagio criminológico hacia otros delincuentes comunes, neutralizar el proselitismo ideológico que realizaban en esos años los activistas del GRAPO y evitar la derivación de esos grupos terroristas, cuya continuación era incierta, hacia tipos de delincuencia común<sup>4</sup>. No obstante, la agrupación carcelaria de terroristas de ETA dio lugar precisamente a efectos contrarios a los que se pretendían, causando que el colectivo se reforzara, realizando presiones continuas y reivindicaciones (huelgas de hambre, renuncia a todo tipo de comunicación con el exterior, etc.) para obtener una mejora de su régimen penitenciario en comparación con el de otros presos comunes. Comprobados los efectos perversos que produjo, la Administración optó por la opción contraria: la dispersión. A partir de 1987 y hasta nuestros días los presos condenados por terrorismo se encuentran cumpliendo condena por toda la geografía española. El objetivo, señaló el Ministerio de Justicia en su momento, era “romper los lazos de los miembros de las organizaciones terroristas tanto con éstas como con asociaciones y colectivos afines situados en su órbita de actuación, facilitando con ello el abandono de la organización terrorista, y eventualmente su reinserción social”<sup>5</sup>.

No obstante, lo cierto es que en la actualidad, tal y como reconoce el propio auto de la AN 199/2015 de 29 de octubre, la política de dispersión ha sido modificada para quienes han roto pública y firmemente con la organización, lo que les ha permitido disfrutar de un reagrupamiento controlado en la cárcel de Nanclares de Oca (Álava)<sup>6</sup>. Para poder acceder a este régimen se les requiere cumplir con una serie de requisitos como la aceptación de la política penitenciaria, abandonar el colectivo de presos, un compromiso de pago de la responsabilidad civil, colaborar con la Justicia, etc.<sup>7</sup>. La naturaleza de estas exigencias viene a confirmar, lo que se pondrá de manifiesto más adelante, que la política de dispersión obedece más bien a criterios políticos y no a necesidades individualizadas de

---

sus perversas consecuencias”, *InDret*, nº1 (2007), págs. 1-36. Disponible en línea en [http://www.indret.com/pdf/402\\_es\\_1.pdf](http://www.indret.com/pdf/402_es_1.pdf)

<sup>4</sup> Esos centros son: Nanclares de Oca, Puerto de Santa María, Alcalá de Henares y Herrera de la Mancha. Los motivos son recogidos por RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C. “El modelo penitenciario español...” cit. pág. 57; CANO PAÑOS, M.A. *Régimen penitenciario...* cit. págs. 38 y ss. Realiza un repaso histórico desde la concentración hasta la dispersión en nuestros días GIMBERNAT DÍAZ, E. “El Derecho penitenciario del enemigo aplicable a los presos por delitos de terrorismo”, en VV. AA (CUERDA RIEZU, A.R. Dir.) *El derecho penal ante el fin de ETA*. Tecnos. Madrid, 2012, pág. 102 y ss.

<sup>5</sup> CANO PAÑOS, M.A. *Régimen penitenciario...* cit. pág. 39.

<sup>6</sup> Por eso, esos presos de ETA aparecen fuera del cómputo que realiza el Colectivo de presos y presas vascos (EPPK). Sobre el acceso a la “grupo Nanclares” y los requisitos Vid. CASTRO ANTONIO, J.L. “Tratamiento penitenciario en casos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales” en VV.AA. (JUANATEY DORADO, C, (dir.) y FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. (coord.)) *El nuevo panorama del terrorismo en España*. Publicaciones Universidad de Alicante. Alicante. 2013, pág. 126.

<sup>7</sup> GIMBERNAT DÍAZ, E. “El Derecho penitenciario del enemigo aplicable...” cit. pág. 106. Críticos con estos requisitos que son similares a los dispuestos para acceder al tercer grado y a los beneficios penitenciarios por la Ley de Cumplimiento íntegro de las penas. CANO PAÑOS, M.A. *Régimen penitenciario...* cit. págs. 45 y ss.; FARALDO CABANA, P. “Medidas premiales...” cit págs. 757-798.; LLOBET ANGLÍ, M. “La ficticia realidad...” cii. págs. 6 y ss.

tratamiento o reinserción del recluso<sup>8</sup>. Sin embargo, en este contexto son cada vez más las voces que señalan que la reunificación de presos de ETA debería hacerse sin excepciones.

El cese definitivo de la actividad armada ha dado lugar a un mayor cuestionamiento de esta estricta política penitenciaria. Desde hace tiempo, el Colectivo de presos y presas vascas (EPPK) al que pertenecen la mayoría de reclusos de la organización terrorista viene solicitando cumplir sus penas privativas de libertad en cárceles del País Vasco y Navarra para poder facilitar el régimen de visitas a sus familiares<sup>9</sup>. A pesar de ello, la respuesta del gobierno español ante esta situación sigue siendo negativa, incluso después de seis años del abandono de la lucha armada<sup>10</sup>. Por ello, cada vez son más quienes consideran que sería un paso lógico por parte del gobierno flexibilizarla de cara a conseguir una paz definitiva en el País Vasco<sup>11</sup>. Esto se debe a que los argumentos que motivaron esta política han ido perdiendo peso y dejando paso a otros de carácter más humanitario o resocializador<sup>12</sup>. Así, si hace unos años jugaba un papel principal la necesidad de dificultar que la organización siguiera ejerciendo control sobre determinados miembros condenados, lo cierto es que ahora se plantea la posibilidad de que empiecen a pesar más determinados fines legítimos de la pena, como la resocialización y la reeducación, que encuentran claro respaldo constitucional.

Y precisamente para cumplir el objetivo resocializador dispuesto en el artículo 25.2 de la Carta Magna resulta fundamental el contacto del preso con el mundo exterior, pues se ha demostrado empíricamente que este lo prepara para volver a la comunidad, le asiste en su proceso de rehabilitación y de reintegración<sup>13</sup> y disminuye el proceso de prisonización<sup>14</sup>. Es más, hay quien afirma que reduce la reincidencia y mejora la salud mental tanto del preso como del resto de miembros de la familia<sup>15</sup> y

---

<sup>8</sup> De hecho, así lo demuestra el hecho de que las posibles decisiones de acercamiento a lo largo de los años se hayan adoptado en virtud de condicionantes políticos (decisiones de tregua de la organización terrorista etc.) y no en base a necesidades individualizadas de cada recluso. Así CANO PAÑOS, M.A. *Régimen penitenciario...* cit. pág. 43; RORDIGUEZ YAGUE, A.C. “El modelo penitenciario español...” cit. pág. 61.

<sup>9</sup> Para conocer los datos sobre donde se encuentran cumpliendo penas de prisión los presos de ETA en España y Francia se puede consultar la web de la asociación Etxerat que con datos actualizados hasta el 3 de octubre de 2017 revela que con 83 convictos Andalucía es la región española con más presos de ETA en sus cárceles.

<sup>10</sup> Noticia del periódico *El País* de 2 de agosto de 2017 “El Gobierno mantendrá la dispersión de presos mientras ETA no se disuelva”. Disponible online en: [https://politica.elpais.com/politica/2017/08/02/actualidad/1501668224\\_985878.html](https://politica.elpais.com/politica/2017/08/02/actualidad/1501668224_985878.html).

<sup>11</sup> De hecho, ya hay iniciativas en marcha para intentar revertir la situación. Noticia del periódico *Diario Vasco* de 21 de marzo de 2017 “El plan de presos del Gobierno Vasco prevé un alejamiento máximo de 250 kilómetros” disponible para su consulta en <http://www.diariovasco.com/politica/201703/21/plan-presos-gobierno-vasco-20170321001526-v.html>. Como señala CANO PAÑOS, “desde hace años ese posible «escenario penitenciario» es algo que Instituciones Penitenciarias lleva ya preparando desde hace tiempo, como lo demuestra la construcción de nuevas prisiones en Álava, San Sebastián y Pamplona. CANO PAÑOS, M.A. “El régimen penitenciario de los terroristas de ETA ¿Mantenimiento, supresión o modificación?”, en *Diario La Ley*, nº7821 (20.3.2012).

<sup>12</sup> A pesar de que en determinadas circunstancias relativas al entorno de ETA el estar alejado precisamente de la familia se ha considerado resocializador. Así, BERISTAIN IPIÑA, A. “Pro y contra el acercamiento de los presos de ETA”, en VV.AA. *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón* (ECHANO BASALDÚA J.L.; coord.), Universidad de Deusto. 2002, Bilbao, pág. 93.

<sup>13</sup> EASTON, S. *Prisoner's rights...* cit. pág. 141.

<sup>14</sup> Es un proceso en el que el preso se adapta a su vida en prisión y adopta los valores y las costumbre de la subcultura penitenciaria. SYKES, G. M. *A Society of Captives: A Study of a Maximum-Security Prison*. Princeton University Press. New Jersey, 1974.

<sup>15</sup> HAIRSTON, C. F. “Family Ties during Imprisonment: Important to Whom and For What?” en *Journal of Sociology and Social Welfare* (1991), págs. 87-104.

que contribuye a reforzar su compromiso de convertirse y permanecer como ciudadanos responsables<sup>16</sup>. Como sostiene CANO PAÑOS “difícilmente se puede lograr la reinserción de una persona en la sociedad y prepararla para un futuro en libertad si se le aísla del medio social del que procede, impidiéndole o dificultándole la comunicación con su familia y su cultura, lo cual conduce a gravar de forma inadmisiblemente el contenido de la prisión”<sup>17</sup>.

La decisión firme del gobierno de no aproximar estos presos a centros penitenciarios más cercanos a sus domicilios no solo es una cuestión política controvertida, sino que se ha trasladado al ámbito judicial, suscitando pronunciamientos tanto por parte de los tribunales nacionales como europeos. Así los españoles que han tenido la ocasión de tratar el asunto, la Audiencia Nacional (AN) y el Tribunal Constitucional (TC), claramente han respaldado la postura del gobierno. En este sentido, la AN en su auto 841/2015, de 29 de octubre, ha rechazado la pretensión de un preso de 71 años de ser trasladado a un centro penitenciario más cercano a su domicilio. Y el TC ha hecho lo mismo en su auto 40/2017, de 28 de febrero, respecto a la pretensión de un preso que después de ser extraditado desde Francia solicita su reubicación en el centro penitenciario de Guipúzcoa o Álava<sup>18</sup>.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre presos que cumplen penas de prisión alejados del domicilio familiar. Y lo ha hecho planteándose si esta situación vulnera el derecho a la vida personal y familiar del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (BOE núm. 243, de 10.10.1979, en adelante CEDH). El órgano jurisdiccional europeo ha configurado una doctrina clara en sus numerosos pronunciamientos sobre este artículo, tanto para sujetos que no se encuentran privados de libertad como para quienes cumplen una condena de cárcel<sup>19</sup>. En lo relativo a este último grupo, Estrasburgo ha reconocido que los derechos previstos en el Convenio no deben quedarse a las puertas del centro penitenciario y que el derecho a la vida privada y familiar también es inherente a sujetos que se encuentran privados de libertad. Así, el derecho del artículo 8 CEDH puede verse afectado por las condiciones de la detención o reclusión. De este modo, si durante la detención y posterior interrogatorio no se permite al sujeto contactar con la familia, si se establece un régimen penitenciario que restrinja las visitas familiares u otros mecanismos de contacto del preso con el mundo exterior, si se le prohíbe contraer matrimonio durante el cumplimiento de la condena o el acceso a la inseminación artificial, el derecho al respeto a la vida personal y familiar puede verse

---

<sup>16</sup> LIPPKE, R.L. *Rethinking Imprisonment*. Oxford. Oxford. 2007, pág. 184.

<sup>17</sup> CANO PAÑOS, M.A. *El régimen penitenciario de los terroristas en España...*cit. págs.41-42. En el mismo sentido RODRÍGUEZ YAGÜE, C. “El modelo penitenciario español...”cit. pág. 58. Además, como señala GIMBERNAT DÍAZ se dificulta el derecho de defensa, pues es mucho más complicado para los letrados acudir frecuentemente a visitar a sus clientes en un centro penitenciario lejano a la provincia de origen. “El Derecho penitenciario del enemigo...”cit. pág. 103.

<sup>18</sup> No obstante, como se pondrá de manifiesto a lo largo del presente trabajo, ambos autos fueron objeto de sendos votos particulares, lo que pone de manifiesto que incluso dentro de la jurisdicción hay voces críticas y argumentos claros en contra de las decisiones adoptadas mayoritariamente. En el de la AN suscrito por un magistrado y en el caso del auto del TC suscrito por tres de los once magistrados del pleno.

<sup>19</sup> Sobre la extensión del derecho del artículo 8 y la gran variedad de supuestos que menoscaban el derecho Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. N°3 (2016), pág. 10.

menoscabado. Esto revela que hay una gran cantidad de aspectos de la vida en prisión que pueden afectar este derecho<sup>20</sup>.

Respecto al asunto que nos concierne, sujetos que cumplen una pena de prisión alejados del domicilio familiar, también el órgano jurisdiccional europeo ha considerado que la ejecución de una pena privativa de libertad en estas condiciones constituye una intromisión intolerable en el derecho a la vida personal y familiar del preso. Aunque reconoce algunos motivos que justificarían ejecutar la pena de prisión en un determinado centro penitenciario, en general, ha fallado a favor de los demandantes<sup>21</sup>. No obstante, en la reciente sentencia relativa al caso *Urko Labaca Larrea c. Francia* (7.2.2017), el órgano jurisdiccional ha rechazado la pretensión de tres presos de la organización terrorista ETA que cumplían penas de prisión en Lyon de ser reubicados en centros penitenciarios más cercanos a París para poder facilitar las visitas de sus familiares. La decisión del Estado francés de no trasladarlos no se ha considerado vulneradora del derecho a la vida privada y familiar de los presos. El fallo de Estrasburgo ha sido percibido por la prensa como un varapalo para el colectivo de presos de la organización terrorista en su objetivo de acabar con la política de dispersión<sup>22</sup>. Y la pregunta que cabría formularse es si efectivamente esto es así. Es decir, si esta última sentencia implica cerrar la posibilidad de imposición de una condena a España por la vulneración del artículo 8 del CEDH.

Expuesto brevemente el estado de la cuestión, el objetivo del presente trabajo es exponer los argumentos que podría emplear el TEDH en un hipotético análisis sobre un supuesto afectado por la política de dispersión española y conocer si esta vulnera el artículo 8 CEDH. Para ello, con anterioridad, repasaré cual ha sido el razonamiento empleado por el Tribunal Constitucional español y por la AN para denegar el traslado. En segundo lugar, identificaré los criterios que establece el órgano jurisdiccional europeo para afirmar que se ha producido una injerencia en el derecho a la vida familiar. Y, con la información extraída, trataré de dilucidar si el último pronunciamiento de 2017 supone una ruptura argumentativa con los anteriores o si, por el contrario, los hechos concretos no justificaban la estimación de la pretensión a los solicitantes. Finalmente, me pronunciaré sobre si la política de dispersión llevada a cabo por el Estado español recibiría una condena por parte de Estrasburgo en la actualidad.

## **2. La posición de la jurisprudencia española sobre el acercamiento de presos de ETA**

---

<sup>20</sup> Así, EASTON, S. *Prisoner's rights. Principles and practices*. Routledge. Londres, Nueva York. 2011, pág. 142. De hecho, la autora señala que los traslados de unos centros penitenciarios a otros y, en general, el lugar de cumplimiento es una cuestión, a diferencia de otras injerencias en el artículo 8 CEDH, que ha sido muy tenida en cuenta por el TEDH. La primera sentencia que reconoce el derecho de los sujetos privados de libertad a la vida personal y familiar es la relativa al caso *Messina c. Italia* (28. 09.2000).

<sup>21</sup> [*Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia* (23.01.2015), *Vintman c. Ucrania* (23.10.2014) y *Rodzevillo c. Ucrania* (14.01.2016)]. Esta línea jurisprudencial se ve complementada por otras sentencias que se han pronunciado sobre el derecho del preso a recibir visitas. En este sentido, ha reiterado la idea de que prohibir o dificultar a un determinado colectivo (por ejemplo, a los presos que cumplen penas largas de prisión) las visitas de sus familiares con carácter general, sin fundamentarlas en razones de peligrosidad o mal comportamiento concretas, también vulnera el artículo 8 del CEDH (*Khoroshenko c. Rusia*, 30.06.2015).

<sup>22</sup> Noticia del diario *El Mundo* de 2/3/2017 titulada “El Tribunal de Estrasburgo avala la dispersión al rechazar tres demandas de presos de ETA”; Noticia del diario *El País* de 2/3/2017 titulada “Estrasburgo rechaza una queja contra la dispersión de presos de ETA en Francia”.

Con carácter previo al análisis de la controversia en la jurisdicción europea conviene estudiar cuál ha sido la postura mantenida por los tribunales españoles para denegar el acercamiento. Esto se debe a que en el hipotético caso de que el TEDH se pronuncie sobre un supuesto de dispersión, este tendrá que analizar si los motivos alegados por las autoridades locales son legítimos, suficientes, etc. Para conocer cuáles son dichos objetivos se puede acudir al reciente auto del TC 40/ 2017 de 28 de febrero y al auto de la AN 199/2015 de 29 de octubre.

El TC en pleno se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la política de dispersión en su auto 40/2017 de 28 de febrero y ha desestimado el recurso de amparo interpuesto contra el auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 15 de febrero en el que el preso de ETA Sabin Mendizábal Plazaola -condenado a cuatro años de prisión por un delito de daños en grado de tentativa en concurso ideal con un delito de transporte de sustancia o aparatos explosivos o inflamables (568 CP) en concurso real con un delito de colaboración con banda armada (577 CP)- solicitaba su traslado desde la cárcel de Soto del Real, y posteriormente desde la de Valladolid, a una más cercana al domicilio de sus familiares en Guipúzcoa.

El Tribunal, empleando un argumento contrario a las teorías que defienden que los derechos constitucionales deben ser interpretados a la luz de los Convenios internacionales y de los órganos jurisdiccionales que interpretan dichos convenios, se desmarca de lo establecido por el TEDH y declara abiertamente que el nivel de protección europea del derecho a la vida personal y familiar del CEDH es superior al reconocido por el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18 Constitución española. En consonancia con esta idea, mantiene que una vulneración del artículo 8 del CEDH no implica automáticamente un menoscabo del artículo 18.1 de la CE. Por ello advierte al recurrente que el derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 del CEDH, tal y como lo interpreta el TEDH en reiteradas sentencias –como las que cita el recurrente-, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar amparado por la Constitución<sup>23</sup>. En cualquier caso, a pesar de esta consideración, el TC se plantea, de forma hipotética, si la decisión de la administración penitenciaria (y posteriormente del órgano jurisdiccional) de no acercar al preso a su domicilio vulneraría el derecho a la vida privada y familiar tal y como lo interpreta Estrasburgo. Y, como ya se ha adelantado, llega a la conclusión de que no por varios motivos.

En primer lugar, el TC recuerda que el TEDH ha declarado en reiteradas ocasiones que la separación familiar es una consecuencia inevitable del cumplimiento de una pena de prisión y que el gobierno tiene un amplio margen para tomar decisiones en política penitenciaria, sin que ello suponga

---

<sup>23</sup> Este razonamiento es objeto de una dura crítica por parte del voto particular formulado por los magistrados Adela Asúa Batarrita, Fernando Valdés Dal-Ré y Juan Antonio Xiol Ríos en un doble sentido. En primer lugar, los magistrados disidentes consideran que alejarse en su interpretación de la que realiza sobre este derecho el TEDH es contrario al mandato del art. 10.2 CE que apunta que “los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Y, en segundo lugar, consideran que este pronunciamiento da lugar a una desigualdad de trato, pues ya ha habido otras ocasiones en las que el TC sí ha asumido la doctrina europea en materia de derecho a la vida personal y familiar.

una vulneración ilegítima en el derecho a la vida privada y familiar del sujeto condenado<sup>24</sup>. El Tribunal también se hace eco de que Estrasburgo prevé una serie de fines legítimos en una sociedad democrática que podrían limitar la relación del preso con sus familiares, entre los que destaca la necesidad de: a) evitar la superpoblación penitenciaria, b) mantener la disciplina del reo y prevenir el delito, c) desarrollar un programa individualizado de rehabilitación y d) proteger los derechos y libertades de terceros. Aunque no aclara en el caso concreto cuál es el objetivo legítimo que la Administración española espera conseguir, simplemente hace referencia a que “en el caso concreto, valora que se trata de un condenado por terrorismo, lo que exige especiales cautelas”<sup>25</sup>.

Otro de los motivos que apunta, es que el supuesto de hecho que dirime tiene poco que ver con las circunstancias que rodearon otros estimados contra Rusia y contra Ucrania y que suscitaron una condena por parte del TEDH. En este sentido apunta que existen diferencias considerables en cuanto a las distancias concernidas, situación del transporte en el país y dificultad y penosidad del desplazamiento”. Así, expone que en la sentencia *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia* la distancia del centro de cumplimiento de la distancia del domicilio de los familiares era de 6.320 Km y 3.300 Km respectivamente, lo que «hacían que en aquel caso el viaje implicase un “largo y exhaustivo esfuerzo, especialmente para los niños pequeños de los solicitantes”». Además, las explicaciones de superpoblación penitenciaria y de salvaguarda de la seguridad de los presos ofrecidas por la administración penitenciaria rusa en ese supuesto eran difícilmente creíbles.

Después de repasar la doctrina relevante para el caso, el TC afirma que a ojos del TEDH solo constituye una intromisión ilegítima del Estado en este artículo si se dan las siguientes circunstancias: a) que las autoridades no evalúen adecuadamente las circunstancias personales del preso y b) que las autoridades ignoren la necesidad de conservación de un mínimo grado de vinculación familiar<sup>26</sup>. Y, aunque a lo largo de su exposición el TC mezcla argumentos de los dos motivos, respecto al primero señala que, a diferencia de los supuestos contra Rusia y contra Ucrania analizados, “no se puede decir que en este caso (el del preso de ETA) se haya prescindido de una valoración individualizada de su situación personal, ni del grado de afectación de sus relaciones interpersonales y su posible compensación mediante el disfrute de permisos, visitas y comunicaciones con arreglo a las posibilidades que ofrece el ordenamiento sectorial”. Los pronunciamientos estimatorios del TEDH “constataban situaciones de virtual anonadamiento de los lazos familiares derivadas de la lejanía de los centros de detención, las graves deficiencias de los sistemas de comunicaciones y transporte de los países demandados, y las circunstancias particulares de los demandantes y sus familiares”. Sin embargo, “en el presente recurso de amparo ni la distancia entre el centro penitenciario y el domicilio familiar (400 Kilómetros según la propia demanda), ni el estado de los transportes en España, ni, consiguientemente, las características del desplazamiento exigido, son equiparables a las valoradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias antes citadas”.

---

<sup>24</sup> Así, el fundamento jurídico 4 apunta que “los constreñimientos personales que impone el ingreso y permanencia en un Centro Penitenciario, entre otros, el alejamiento de familiares, amigos y allegados, son consecuencia y no causa de la pena, por lo que no constituyen un acto autónomo de injerencia del poder público discernible del contenido de la relación de sujeción especial a la que se ve ordinariamente sujeto el ciudadano que ingresa en prisión”.

<sup>25</sup> No obstante, como se pondrá de manifiesto más adelante, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, este motivo sin las explicaciones pertinentes no constituye uno de esos fines legítimos aceptados por el TEDH.

<sup>26</sup> Efectivamente estos son requisitos que establece el TEDH pero, como veremos en el epígrafe siguiente, no son los únicos.

Respecto al segundo requisito, el de tener en cuenta el interés del preso en mantener determinados vínculos familiares, el TC afirma en su fundamento jurídico 5 que la lejanía del centro penitenciario no ha impedido las visitas al recurrente, que según el informe del director del centro penitenciario “ha venido disfrutando de manera habitual de las comunicaciones ordinarias por locutorio con la frecuencia que establece el artículo 42 del Reglamento Penitenciario, tanto con amigos, como con familiares, según aparece en los listados remitidos por el Centro Penitenciario”. Además, se afirma haber tenido en cuenta los vínculos familiares con aquellos que no pueden desplazarse al centro penitenciario “ya sea por razones de edad, de estado de salud, u otras de tipo económico” y la respuesta que ofreció ante esta situación la Administración penitenciaria fue que el contacto con estos parientes puede llevarse a cabo a través de permisos extraordinarios previstos en la legislación penitenciaria siempre vinculados a la necesidad de tratamiento<sup>27</sup>. Además, según el órgano jurisdiccional, los dos familiares que no pueden desplazarse al centro penitenciario, y que serían los únicos que darían lugar a la necesidad de un posible acercamiento del preso a su domicilio: sus abuelos, tampoco podrían visitarle en un centro más cercano por el tipo de enfermedad que padecen<sup>28</sup>.

Enumerados los argumentos, según el Tribunal, cabe concluir que la denegación de la pretensión del demandante no vulnera ni el derecho a la intimidad personal y familiar previsto en el artículo 18.1 de la Constitución, ni tampoco el Derecho a la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del CEDH tal y como lo interpreta el TEDH. Sin embargo, frente a la posición mayoritaria del pleno se pronuncian en voto particular tres magistrados, lo que revela una gran división interna en torno al tema.

Por su parte, el auto de la AN 199/2015, de 29 de octubre recoge mejor que el anterior cuáles son los motivos para mantener la política de dispersión en la actualidad. Estos requieren ser analizados detenidamente porque podrían ser alegados ante Estrasburgo por el Estado español en el hipotético caso de que el órgano jurisdiccional europeo se pronuncie sobre esta cuestión. En este auto, el Tribunal desestima el recurso de apelación de un interno de 71 años de ser trasladado desde el centro penitenciario de Ocaña II (Toledo) al centro penitenciario de Zaballa (Álava), cumpliendo su condena a más de 500 kilómetros de su domicilio familiar. El auto en el que fue adoptada dicha decisión también fue objeto de un voto particular cuyos argumentos serán expuestos con posterioridad.

Al margen de que el Tribunal considera que no existe un derecho del preso a cumplir una determinada condena en un centro penitenciario, el auto de la AN afirma que “existen motivos que pueden justificar que se asignen penados a otros lugares, y así lo ha reconocido el propio TEDH”. Y así, señala como motivos los siguientes: (1) “evitar una excesiva concentración de miembros de la misma organización en un mismo centro penitenciario, cuando ello pueda servir para que desde la organización se siga ejerciendo un control de sus miembros”, (2) “romper los lazos de los miembros

---

<sup>27</sup> El TC esgrime este argumento a pesar de que es consciente de que el acceso a beneficios penitenciarios por parte de condenados por terrorismo es muy difícil o imposible para sujetos que no han adoptado la vía Nanclares. En cualquier caso, como veremos, este argumento no ha sido aceptado por el TEDH en su jurisprudencia consolidada.

<sup>28</sup> Y a esto añade que no son parientes de primer grado, por lo que la afección al derecho del artículo 8 CEDH no es tan intensa.

de las organizaciones terroristas tanto con éstas, como con asociaciones de colectivos afines situados en su órbita de actuación (...) facilitando con ello el abandono de la organización terrorista y, eventualmente su reinserción social (...)”<sup>29</sup>, (3) el respeto a la dignidad de las víctimas “que se vería quebrantado, si sus victimarios residiesen en instituciones próximas”, (4) el derecho a la seguridad de los funcionarios y de los presos que han decidido apartarse seriamente de los dictados de la organización terrorista, “pues la concentración de presos de ETA en determinados centros penitenciarios perturbaría frecuentemente la seguridad de los mismos y obstaculizaría la reinserción social de aquellos otros que han optado por esta vía, dificultando su separación definitiva de la banda”, (5) la propia resocialización de algunos condenados, a los que les conviene estar alejados de parientes y amigos, “máxime si estos mantienen algún tipo de contacto con la organización, ya que, sin duda, impedirá la resocialización del interno”.

En definitiva, todos estos argumentos llevan al Tribunal a desestimar el recurso presentado por el recluso. Ahora bien, si estos podrían ser considerados legítimos por Estrasburgo o si la medida es proporcional a dichos objetivos es una cuestión que será valorada a lo largo del presente trabajo, una vez se exponga la lógica de análisis del TEDH respecto al derecho a la privada y familiar del artículo 8 del CEDH.

### **3. La Jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida privada y familiar de presos alejados del domicilio familiar**

#### **3.1 Circunstancias fácticas que rodeaban los pronunciamientos**

El TEDH ha tenido numerosas ocasiones para pronunciarse sobre el contenido del derecho a la vida personal y familiar en el ámbito penitenciario, por ejemplo, lo ha hecho en el contexto del régimen de visitas, el derecho a casarse, las comunicaciones, el régimen penitenciario, etc. Algunas de estas sentencias han versado expresamente sobre sujetos que se encuentran cumpliendo una pena de prisión alejados de su domicilio, como los casos *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia* (23.01.2015), *Vintman c. Ucrania* (23.10.2014), *Rodzevillo c. Ucrania* (14.01.2016), *Polyakova y otros c. Rusia* (7.03.2017). De estos pronunciamientos se puede extraer la doctrina relevante relativa al caso. No obstante, no son las únicas. Esta doctrina puede ser completada con los pronunciamientos sobre regímenes penitenciarios especialmente restrictivos de las comunicaciones con el mundo exterior (caso *Khoroshenko c. Rusia*).

Los supuestos *Khodorkovskiy y Lebedev*, *Vintman* y *Rodzevillo* son similares a los de dispersión en la medida que se pronuncian sobre presos que se encuentran cumpliendo penas de prisión alejados en miles de kilómetros de sus familiares, en unos países con una vasta extensión y cuyos medios de transporte son deficientes. Concretamente el asunto *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia* versa sobre la situación de Mikhail Khodorkovskiy y su socio Platon Lebedev, dos magnates del petróleo que fueron condenados por corrupción, fraude fiscal y blanqueo de capitales. Aunque su detención dio lugar a que el TEDH se pronunciara sobre otras violaciones de derechos fundamentales, el motivo por el que los condenados alegan una vulneración del artículo 8 del CEDH es porque son enviados a cumplir condena a centros penitenciarios distanciados en 6.320 y 3.300 kilómetros respectivamente de sus domicilios.

---

<sup>29</sup> Debiendo entender que son motivos que siguen implícitos.

Por su parte, Vintman es un preso condenado por robo y por homicidio que cumple una pena de cadena perpetua y es enviado a una región a 700 kilómetros del domicilio de su madre de avanzada edad y aquejada de problemas de salud. La solicitud de acercamiento a su domicilio por parte del preso y de su madre a la administración penitenciaria recibió una respuesta negativa basada en diversos motivos: que los presos deben cumplir la condena en una misma prisión, que no había plazas disponibles para individuos condenados a cadena perpetua en establecimientos más cercanos, que el preso debe cumplir la pena en una región diferente a la que el delito se ha cometido y que para transferir al interno a otra prisión de menor seguridad su comportamiento debería haber sido aceptable, no pudiendo trasladarlo por haber sido el demandante reprobado disciplinariamente en once ocasiones. En este contexto, la administración penitenciaria ucraniana no solo no traslada al preso a una región más cercana, sino que incluso lo aleja todavía más, situándolo a 10.000 km del domicilio de su madre. Esta situación, se traduce efectivamente en un menor número de visitas, pues no pudo ver a su progenitora en al menos 10 años.

El supuesto *Rodzevillo c. Ucrania* es muy similar al acabado de exponer. Rodzevillo es un preso que cumple cadena perpetua por haber cometido los delitos de homicidio, robo y pertenencia a organización criminal. Al inicio del cumplimiento de su condena el detenido es enviado a 1.000 kilómetros de distancia del domicilio de su madre y de su padrastro. Dadas las condiciones de transporte existentes en Ucrania, esto supone la necesidad de coger dos trenes y un taxi de elevado coste o un autobús de horario infrecuente que hacen que el viaje dure casi 24 horas. Esta situación hace imposible viajar a su impedido padrastro y muy difícil viajar a su madre enferma, además de resultar muy gravoso económicamente. Dicha situación ha ocasionado que la madre del detenido no haya podido visitarlo las cuatro veces al año que permite su régimen penitenciario, sino que solo lo haya hecho siete veces entre 2007 y 2015 (menos de una vez al año).

El caso *Khoroshenko* es diferente a los anteriores porque no se pronuncia sobre un preso que sufre alejamiento, sino un régimen penitenciario especialmente restrictivo de las comunicaciones de este con el mundo exterior. Khoroshenko es un preso condenado a cadena perpetua cuyo régimen penitenciario le impide recibir visitas familiares de larga duración y restringe el número, frecuencia y duración de estas, además de recaer sobre él una prohibición general de recibir llamadas excepto en situaciones de emergencia. Esto se debe a la vigencia de una norma general en Rusia que establece un régimen penitenciario muy severo para este tipo de condenas durante la primera década de cumplimiento.

### **3.2 Doctrina extraíble**

Expuestos los supuestos de hecho de algunas de las sentencias que se han pronunciado sobre el derecho a la vida personal y familiar de sujetos privados de libertad, voy a proceder a extraer algunos puntos clave sobre la doctrina del TEDH con el objetivo de compararlos posteriormente con los supuestos afectados por la dispersión. El primero de ellos es que el procedimiento para averiguar si una medida estatal vulnera el derecho fundamental previsto en el artículo 8 CEDH es siempre el mismo y consiste en la elaboración de un juicio en tres fases en el que la conclusión a la que se llegue el

Tribunal en el la fase anterior afecta a la posibilidad de acudir a la superior<sup>30</sup>. En el primer nivel, el TEDH se plantea si la decisión de la Administración de ni trasladar al sujeto a otra prisión ha constituido una intromisión en su derecho fundamental a la vida privada y familiar. En el segundo, se cuestiona si dicha decisión estaba justificada por alguno de los motivos que prevé el propio artículo 8.2, que establece que “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”<sup>31</sup>. Y finalmente, en el tercer nivel, el órgano jurisdiccional trata la cuestión sobre si la medida adoptada por el Estado, la dispersión, es necesaria en una sociedad democrática. En definitiva, si es proporcional al objetivo legítimo perseguido.

### 3.2.1 Primer nivel: ¿Hay injerencia en el derecho?

Aunque las autoridades tienen un amplio margen de discrecionalidad en la ejecución de la condena, el TEDH considera que los reclusos también tienen derecho a la vida privada y familiar incluso aunque la privación de libertad implique dificultades en satisfacerlo. Para garantizarlo el Estado tiene una obligación positiva de hacer todo lo posible para que el preso mantenga contacto con sus familiares más cercanos<sup>32</sup>. Por eso, para saber si se produce una injerencia en el derecho, hay que comprobar si los efectos sobre la vida privada y familiar del detenido van más allá de los inconvenientes y restricciones propios del simple hecho de estar condenado a una pena de prisión<sup>33</sup>.

Para ello, tiene en cuenta datos como la lejanía entre el lugar de cumplimiento y el domicilio de sus familiares, la realidad del sistema de transporte, las infraestructuras del país, así como las circunstancias personales de los familiares implicados tanto económicas como de salud. En este sentido, se valora si existen familiares, por ejemplo, niños pequeños, como en el caso *Khodorkovskiy y Lebedev*, o enfermos y ancianos, como en los casos *Vintman* y *Rodzevillo*, que les impida o dificulte el viaje. Además, también se cuestiona si existen problemas económicos por parte de la familia que dificulten el traslado, cuestión que no se planteaba con los magnates del petróleo *Khodorkovskiy y Lebedev* pero que si tiene en cuenta en el de *Rodzevillo* (§78 y 85). Todo ello para saber si, en base a estas circunstancias, los demandantes efectivamente recibieron menos visitas por parte de sus familiares<sup>34</sup>. En el caso *Vintman*, por ejemplo, las circunstancias del caso concreto (distancia, edad y

---

<sup>30</sup> Sobre el contenido detallado de los juicios que realiza el TEDH en estos tres niveles Vid. KIKELLY, U. *The right to respect for private and family life A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. Council of Europe. Germany. 2001.

<sup>31</sup> En realidad, más importante que si la medida fue ajustada a la legalidad del ordenamiento nacional, cuestión que juzga en todas las sentencias, lo que le sirve al TEDH para pasar al siguiente nivel es si ésta perseguía un objetivo legítimo a la luz del artículo 8.2 CEDH.

<sup>32</sup> *Vintman* §78 y *Khodorkovskiy* §837.

<sup>33</sup> caso *Khodorkovskiy y Lebedev* §837.

<sup>34</sup> O si “probablemente” fue así, como afirma el TEDH en el caso *Khodorkovskiy* § 838. Resulta llamativo que el órgano jurisdiccional no llegue a la conclusión de que las condiciones de la detención dieron lugar efectivamente a un menor número de visitas, sino que considera que “probablemente” esto fue así. Esto marca una diferencia con los casos *Rodzevillo* y *Vintman* donde el Tribunal constata fehacientemente que la lejanía del centro penitenciario tuvo como consecuencia un menor número de visitas al preso por parte de sus familiares.

salud de la madre, transportes, etc.) han dado lugar a que el penado no haya recibido una visita por parte de su progenitora en al menos diez años, lo que hace que el TEDH reconozca claramente la existencia de una injerencia en el derecho<sup>35</sup>.

Por su parte, en casos de regímenes penitenciarios especialmente estrictos aparejados a condenas largas o de cadena perpetua, como el del caso *Khoroshenko*, tiene en cuenta el número de contactos del preso con el mundo exterior, cómo está configurado el régimen de visitas y por cuánto tiempo. En este supuesto, el TEDH declara que el estricto régimen penitenciario constituye una injerencia en el Derecho a la vida privada y familiar porque el condenado solo podía recibir dos visitas al año durante los primeros diez años de condena y también tenía restringidas el resto de comunicaciones<sup>36</sup>.

### 3.2.2 Segundo nivel: ¿La injerencia persigue un objetivo legítimo?

Aunque se pueda confirmar la existencia de una injerencia en el derecho a la intimidad personal y familiar, no toda injerencia es vulneradora del derecho del artículo 8, pues habrá que comprobar primero si el Estado perseguía un objetivo legítimo con la adopción de la medida.

El TEDH ha considerado legítimos y ajustados al art. 8.2 del CEDH algunas de las intrusiones de las autoridades locales en el derecho. Así, por ejemplo, se ha considerado legítima la medida de dispersión con el objetivo de evitar la superpoblación penitenciaria o la ausencia de plazas disponibles en centros penitenciarios más cercanos<sup>37</sup>. Como señala el Tribunal en el caso *Khodorkovskiy y Lebedev* § 845 “los objetivos de garantizar la seguridad del preso y evitar la superpoblación penitenciaria son legítimos al amparo del artículo 8.2 de CEDH en la medida que contribuyen a prevenir «el desorden y el delito» y aseguran «los derechos y las libertades de otros»”. Otro de los razonamientos llevados a cabo por las autoridades locales, que curiosamente ha sido aceptado por el TEDH, es que el preso haya tenido un mal comportamiento en prisión que no justifique beneficiarlo con el traslado a su domicilio<sup>38</sup>. Asegurar una adecuada disciplina constituye un objetivo legítimo para la restricción de los derechos del artículo 8 en la medida, intuyo, que garantiza los objetivos del de asegurar el orden y prevenir el delito (artículo 8.2 CEDH).

Llama la atención este razonamiento en la medida que concibe el acercamiento al domicilio familiar como un beneficio penitenciario que puede ser otorgado o denegado en base al buen o mal comportamiento del interno y no como algo más próximo a un derecho de este, tal y como establece el artículo 17.1 de las Reglas Penitenciarias Europeas<sup>39</sup>, el número 20 del Conjunto de Principios para la

---

<sup>35</sup> El rechazo de las autoridades de trasladar al preso a una prisión más cercana a su domicilio fue equivalente a impedirle cualquier contacto personal con su madre *Vintman* §82.

<sup>36</sup> § 130.

<sup>37</sup> *Vintman* § 96; *Khodorkovskiy y Lebedev* §847; *Rodzevillo* §84.

<sup>38</sup> *Vintman* § 98.

<sup>39</sup> Las Reglas Penitenciarias Europeas de 11 de enero de 2006, del Comité de Ministros del Consejo de Europa constituyen un texto con carácter de Recomendación del Consejo de Europa. Su artículo 17.1 establece que “Los internos deben ser destinados a prisiones situadas lo más cerca posible de su domicilio o de su centro de reinserción social”. No obstante,

protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988 (Reglas de Mandela)<sup>40</sup> y otras SSTEDH<sup>41</sup>. Además resulta llamativo que la mala conducta no se conciba como una posible consecuencia de la desvinculación familiar, precisamente cuando el TEDH es consciente de que el mantenimiento de vínculos familiares es un aspecto fundamental de la reintegración del preso en sociedad<sup>42</sup>.

Otro de los razonamientos identificados como ajustados a la legalidad europea ha sido el de garantizar la seguridad del condenado, dado que contribuye a la prevención de infracciones penales y, por tanto, a “la defensa del orden” directamente previsto en el artículo 8.2 CEDH. Para alcanzar este objetivo es justo que la administración penitenciaria aleje a determinados presos para impedir que el resto de reclusos pueda tomarse la justicia por su mano o tratar de vengarse<sup>43</sup>. También justifica el cumplimiento en un lugar alejado del domicilio, la necesidad de implementar un programa de rehabilitación individualizado, pues también sirve al objetivo de prevenir el desorden y la comisión de delitos<sup>44</sup>.

No obstante, el TEDH ha desechado otros razonamientos que no ha considerado amparados en el artículo 8.2 del CEDH. Por ejemplo, la existencia de una norma general que obliga al preso a cumplir la totalidad de su condena en un determinado centro penitenciario no puede argüirse por parte de las autoridades para denegar el acercamiento de un preso a su domicilio. El Tribunal se percató de que esta regla, sin ofrecer ninguna explicación sobre el propósito al que sirve, es injustificada, pues el preso también podría cumplir la totalidad de su condena en la región en la que se encuentra su domicilio familiar y así facilitarle el mantenimiento de lazos familiares<sup>45</sup>. En el mismo sentido, tampoco subyace un objetivo legítimo a la regla que obliga al preso a cumplir su condena en una región diferente a la del lugar donde el delito fue cometido. Este argumento solo podría considerarse justificado si en el caso concreto las autoridades lo razonan desde el punto de vista de la seguridad del preso o, como en el caso *Rodzevillo*, si se basa en la necesidad de imponer un programa de tratamiento específico<sup>46</sup>.

Además, el TEDH también ha identificado razonamientos que son ilegítimos para justificar un régimen penitenciario que restrinja el número de visitas. Como ya se ha señalado, en el caso *Khoroshenko* el Tribunal admitió que las visitas familiares podían verse reducidas en base al delito

---

considera el lugar de cumplimiento como un beneficio penitenciario MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Política penitenciaria, legislación y terrorismo”, *Diario La Ley*, nº 7868, 29 de mayo de 2012 (33), págs. 1-10.

<sup>40</sup> Que señala “Si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual”

<sup>41</sup> Crítico con la percepción del derecho a la vida personal y familiar como un privilegio DIVER, A. “The earned privilege of family contact in Northern Ireland: judicial justification of prisoners’ loss of family life”, *Howard Journal of Criminal Justice*, 47 (5), 2008, págs.486-500.

<sup>42</sup> *Khodorkovskiy y Lebedev* § 837.

<sup>43</sup> Así lo pone de manifiesto en *Khodorkovskiy y Lebedev* § 845.

<sup>44</sup> *Rodzevillo c. Ucrania* § 84.

<sup>45</sup> *Vintman* § 95. De este modo, señala el Tribunal, en el caso *Vintman* el gobierno falló en ofrecer una explicación que justificase mantener al demandante durante toda su condena en una prisión remota.

<sup>46</sup> *Rodzevillo* § 81 y 84.

cometido y a las características del detenido<sup>47</sup>. En el caso *Messina c. Italia* (28.9.2000), que se pronuncia sobre un supuesto de crimen organizado de tipo mafioso, el TEDH pone de manifiesto que es un objetivo legítimo el “cortar los vínculos entre los presos y su entorno criminal para poder reducir el riesgo de que mantenga contactos con la organización”. En este supuesto, tuvo en cuenta la importancia de las relaciones familiares en este tipo de delincuencia y acepta que el régimen penitenciario dependa de la peligrosidad del preso. Así, señala “numerosos estados parte del CEDH tienen incorporado regímenes especiales de alta seguridad para presos peligrosos. Estos van acompañados de la separación del preso de la comunidad y de una supervisión más estricta”<sup>48</sup>. En este sentido, el caso *Khoroshenko* también reafirma la idea de que la naturaleza del delito y las características del delincuente podrían justificar limitaciones en el número de visitas, la supervisión de estas, las características de la detención, etc.<sup>49</sup>. No obstante, dichas restricciones, y especialmente la decisión de ampliarlas en el tiempo, deberán estar motivadas cuidadosamente<sup>50</sup>. Además, en el contexto de establecimientos de máxima seguridad, la aplicación de medidas que restringen este derecho debe encontrarse justificada por motivos de seguridad del centro penitenciario o por la necesidad de evitar que el detenido se comuniquen con la organización criminal a través de canales familiares. Por ello la ampliación de la prohibición de mantener contacto directo con familiares solo se justifica si existe un continuo y genuino peligro<sup>51</sup>. Además, esta sentencia niega la posibilidad de incorporar restricciones con carácter general que impidan valorar circunstancias del caso concreto<sup>52</sup>.

### 3.2.3 Tercer nivel: ¿La medida es necesaria en una sociedad democrática?

Para realizar el juicio de proporcionalidad y decidir si la medida de alejamiento del preso de su domicilio familiar es necesaria en una sociedad democrática, el TEDH tiene en cuenta dos aspectos: si los motivos alegados por las autoridades locales son verdaderos (suficientes o relevantes) y si el Estado a la hora de adoptar la medida tuvo en cuenta mínimamente las necesidades del preso de mantener vínculos familiares. Es decir, tras calificar como legítimos los objetivos perseguidos por el Estado con la implementación de una determinada medida, el siguiente paso del TEDH es comprobar si estos son reales o, en términos del propio Tribunal, si son “suficientes” y “relevantes”<sup>53</sup>. Para ello tiene en cuenta todos los datos del caso. Así, aunque el Estado afirme perseguir un objetivo claramente incluido en el artículo 8.2 CEDH, este no superará el juicio de proporcionalidad si hay datos objetivos que demuestren que fue una excusa, que no era real. Por ejemplo, en el caso *Khodorkovskiy y Lebedev*, el Tribunal pone en cuestión que las razones de seguridad para los presos y de superpoblación penitenciaria sean realmente las que han motivado la decisión de la administración penitenciaria. El Tribunal se percata de que no es creíble que las víctimas puedan tomarse venganza sobre los reclusos porque estamos ante delitos que protegen bienes jurídicos colectivos y cuyas víctimas son la comunidad o el propio Estado.

---

<sup>47</sup> § 123,

<sup>48</sup> § 66.

<sup>49</sup> § 123.

<sup>50</sup> § 124.

<sup>51</sup> § 125.

<sup>52</sup> § 117.

<sup>53</sup> *Vintman* 103. Complementariamente a este argumento, para que la Administración no fracase en ofrecer al demandante argumentos “relevantes” y “suficientes” que justifiquen su decisión debe implementar medidas que eviten la arbitrariedad en la toma de decisiones administrativas vid. *Khodorkovskiy y Lebedev* § 850.

Asimismo, tampoco resulta realista el argumento de la superpoblación penitenciaria, pues existen numerosas regiones más cercanas a Moscú que a las que fueron enviados los presos y tampoco se ofrecieron datos sobre el estado de ocupación de estas. La ausencia de argumentos reales detrás de la medida hace pensar que esta tiene el único objetivo de afligir un mal superior a la propia condena a una pena de prisión, algo que Estrasburgo ha declarado incompatible con el Convenio en reiteradas ocasiones.

Respecto al segundo de los argumentos, el Estado debe tener en cuenta “el interés del convicto en mantener al menos algunos vínculos familiares y sociales”<sup>54</sup>. De tal modo que si no se tuvo en cuenta la situación personal del preso y su interés en mantenerlos, la medida es desproporcional<sup>55</sup>. En este sentido, exige que la Administración tenga en cuenta la salud y edad de los familiares, la existencia de menores de edad, limitaciones presupuestarias que impidan a los familiares trasladarse, las distancias, la situación de la red de transportes, etc. Y así ha fallado el órgano jurisdiccional en todos los supuestos sobre presos alejados de sus domicilios sobre los que se ha pronunciado. Por ejemplo, en el *caso Rodzevillo* el órgano decisor considera que no se ponderaron los argumentos expuestos por el demandante y su madre relativos a su situación personal, incluyendo los problemas de salud y limitación presupuestaria<sup>56</sup>.

Por su parte, en el caso *Khoroshenko* con la imposición de una regla general que impedía al preso recibir visitas durante los primeros diez años de condena no se tuvieron en cuenta las circunstancias del caso concreto: las necesidades del preso de mantener contactos con el mundo exterior. Así esta sentencia deja claro que no se permite a los Estados introducir restricciones al derecho en un sentido general, sin prever mecanismos que puedan aportar flexibilidad para apreciar si la limitación en el asunto específico es apropiada o no<sup>57</sup>.

#### **4. La reciente sentencia del TEDH sobre el caso *Urko Labaca Larrea c. Francia***

Hasta ahora he apuntado las líneas generales de la doctrina consolidada del TEDH en lo relativo al derecho al respeto a la vida personal y familiar de sujetos que cumplen una condena de privación de libertad alejados del domicilio de sus familiares y otros supuestos similares. Ahora bien, esta jurisprudencia consolidada parece haberse modificado recientemente tras la sentencia relativa al caso *Urko Labaca Larrea c. Francia* (7.2.2017). Este pronunciamiento resulta especialmente interesante al objeto del presente trabajo porque los demandantes son tres presos de ETA que quieren ser trasladados desde la prisión de Lyon–Corbas a cárceles más cercanas a París para facilitar el régimen de visitas a sus familiares, lo que podría hacer pensar que guardan similitud con algunos de los supuestos afectados por la política de dispersión.

---

<sup>54</sup> *Khodorkovskiy* § 850.

<sup>55</sup> “La comprobación del principio de proporcionalidad se lleva a cabo analizando todas las actuaciones del Estado, que no pueden ser demasiado invasoras y han de guardar un justo equilibrio entre el interés general y los intereses del individuo” SALES JARDÍ, M. “La vida familiar de los detenidos y reclusos en la jurisprudencia del TEDH”, *ReDCE* n°24, julio – diciembre de 2015.

<sup>56</sup> *Rodzevillo* §85.

<sup>57</sup> *Khoroshenko* § 126; *Polyakova y otros c. Rusia* § 89.

Urko Labaca Larrea, Ione Lozano Miranda y Alejandro Zorbarán Arriola son nacionales españoles que fueron detenidos en Francia por su pertenencia a la organización terrorista ETA y condenados a seis, cinco y nueve años de prisión respectivamente por la comisión de diversos delitos relacionados con el terrorismo, como pertenencia a organización criminal, fabricación, tenencia y transporte de explosivos, tenencia ilícita de documentación falsa, etc. En julio de 2012 la abogada de todos ellos planteó ante el juez de instrucción que el cumplimiento de la condena en la cárcel de Lyon-Corbas era contrario al artículo D. 53 del *Code de procédure pénale* debido a que “los demandantes se encontraban encarcelados a 476 Kilómetros del *tribunal de grande instance* de Paris, y que las familias debían recorrer largas distancias para visitar a estos últimos”. A pesar de que, a priori, la pretensión de los demandantes era similar a los casos previamente expuestos y estimados por el TEDH, en este supuesto Estrasburgo optó por declarar que el Estado francés en su decisión de no acercar a los internos no vulneró su derecho a la vida personal y familiar. Es más, dicha decisión ni si quiera constituyó una injerencia, lo que significa que, a diferencia de los supuestos contra Rusia y contra Ucrania estudiados, en este el TEDH no llegó a pronunciarse más allá del primer nivel de análisis.

El órgano jurisdiccional apunta que en este supuesto no existe una intromisión en el derecho a la vida familiar superior al simple hecho de estar privado de libertad como consecuencia del cumplimiento de una condena. Por eso, aunque tiene en cuenta toda la doctrina establecida en los supuestos mencionados anteriormente, prevalece la idea de que “toda detención legal (...) acarrea por sí misma una restricción de la vida privada y familiar del interesado”<sup>58</sup> y “que el Convenio no otorga a los detenidos el derecho de elegir su lugar de detención”<sup>59</sup>. Para llegar a esta conclusión, el órgano jurisdiccional tiene en cuenta una serie de argumentos que procedo a analizar. En primer lugar, los demandantes llevaban tiempo viviendo en la clandestinidad meses e incluso años antes de ser arrestados en el norte y en el centro de Francia<sup>60</sup>. Con esto, aunque no lo afirme expresamente, insinúa que los vínculos sociales y familiares de los detenidos ya se encontraban suficientemente mermados con carácter previo a la detención. Es decir, que la privación de libertad de los tres sujetos en cuestión no ha venido a agravar el debilitamiento de unos vínculos sociales que ya se encontraban mermados por haber permanecido durante mucho tiempo escondidos de la justicia. Este argumento contrasta con lo establecido en la jurisprudencia consolidada, pues en reiteradas ocasiones el TEDH ha apuntado que es el Estado el que tiene una obligación positiva de garantizar los contactos del preso con el mundo exterior. Esto se debe a que, al encontrarse privado de libertad, el preso no puede satisfacer este aspecto de su vida sin una acción positiva por parte del Estado que, a mi juicio, esta debe tener lugar con independencia de la situación en la que se encuentren las relaciones del preso con su entorno en el momento de la detención.

En segundo lugar, el TEDH señala que los centros penitenciarios parisinos, a los que los demandantes habían sido inicialmente destinados, y a los que querían volver, se encontraban a la misma distancia del domicilio de sus allegados que el de Lyon-Corbas al que fueron enviados. Este argumento parece reducir la doctrina consolidada a una cuestión puramente kilométrica. Aunque es cierto que las distancias implicadas entre el domicilio familiar y el centro de internamiento en los supuestos contra

---

<sup>58</sup> *Urko Labaca Larrea c. Francia* § 41.

<sup>59</sup> § 42.

<sup>60</sup> § 43.

Rusia y contra Ucrania mencionados eran considerablemente largas, el Tribunal nunca tomó una decisión basada únicamente en los kilómetros en juego. Fue un conjunto de circunstancias las que inclinaron la balanza a favor de apreciar la injerencia, por ejemplo, las infraestructuras de transportes, las circunstancias personales de los familiares (presupuestarias, de salud, edad, etc.), etc. En este sentido, el Tribunal podría haber tenido en cuenta que, aunque la distancia San Sebastián-Lyon sea más corta que la de San Sebastián-París, probablemente las conexiones con la capital sean mejores y faciliten el cumplimiento del régimen de visitas.

En cualquier caso, lo primordial no es la distancia entre domicilio y centro de cumplimiento, sino si ésta mermó, de algún modo, el número de visitas recibidas hasta el punto de menoscabar el derecho a su vida familiar. Y esto, es lo que analiza el Tribunal en tercer lugar. El Tribunal expone que, a pesar de la distancia existente entre el domicilio de sus familiares y el del centro de cumplimiento, los presos no estuvieron “sometidos a un régimen especial de detención que comportara limitaciones en el número de visitas familiares o que se impusieran medidas de vigilancia de estos encuentros”. Por tanto, señala que los detenidos “No han sido objeto de medidas de restricción de cualquier otro tipo o de limitación de los derechos de visita o de autorizaciones para telefonar”<sup>61</sup>. Con este argumento lo que viene a decir es que si, en todo caso, se produjo un menor número de visitas por parte de los familiares debido a la distancia, cuestión que -como apunta el TEDH- no queda constatada, esta se vio compensada con la existencia de otras medidas encaminadas a promover la vida privada y familiar del preso como la vigencia de un régimen penitenciario ordinario que permitió el establecimiento de un régimen de visitas ordinario en duración y número, además de la posibilidad de contactar a través de conversaciones telefónicas<sup>62</sup>. En esta sentencia por primera vez el TEDH compensa la lejanía del domicilio familiar con la posibilidad de recibir visitas<sup>63</sup>.

En esta línea, el Tribunal razona que los documentos aportados por el gobierno muestran que las visitas por parte de los familiares han sido muy numerosas y que el traslado de los interesados al centro de Lyon-Corbas no ha reducido el número de ellas, por lo que no estaba encaminado a obstaculizar de manera significativa sus derechos de visita<sup>64</sup>. Así, lo relevante, como señala en el párrafo 45, es que no parece que los desplazamientos hayan planteado problemas insalvables o muy difíciles de resolver, por lo que el presente caso no es análogo a los asuntos *Khodorkovskiy y Lebedev*, *Vintman* y *Rodzevillo*<sup>65</sup>. Así, mientras que los demandantes del asunto *Urko Labaca Larrea c. Francia* recibieron entre 2011 y 2015 (aproximadamente) 402, 253 y 343 visitas, los datos de *Vintman* y *Rodzevillo* eran desoladores. *Vintman* no volvió a ver a su madre en diez años y *Rodzevillo* recibió de su progenitora siete visitas entre 2007 y 2015, lo que marca una gran diferencia con los presos de ETA.

A diferencia de los supuestos contra Rusia y Ucrania, el traslado de París a Lyon-Corbas no se tradujo en un menor número de visitas por parte de los familiares al preso. Esto se debe al hecho de que el recluso ya se encuentra cumpliendo condena en un país diferente al del domicilio de sus

---

<sup>61</sup> §44.

<sup>62</sup> §44.

<sup>63</sup> Lo que no hace en los casos contra Ucrania y contra Rusia anteriormente analizados.

<sup>64</sup> §44 y 45.

<sup>65</sup> *Urko Labaca Larrea c. Francia* § 45.

familiares, cuestión que difícilmente no ha sido tomada en cuenta por el Tribunal. Es decir, la medida del Estado francés no se traduce en una injerencia en el derecho del art. 8 CEDH más allá de lo que supone cumplir una pena de prisión en un país extranjero. Y, aunque sobre esto no se pronuncie, lo cierto es que cumplir una pena en un país extranjero no vulnera el derecho a la vida personal y familiar más de lo que lo hace el simple hecho de estar privado de libertad como consecuencia de la imposición de una condena<sup>66</sup>.

Asumida la diferencia que rodea este supuesto de los anteriores supuestos de la doctrina consolidada, cabe plantearse si este caso contra Francia, es similar a algunos afectados por la política de dispersión española, o por el contrario, los supuestos de dispersión tienen más en común con los casos contra Ucrania y contra Rusia expuestos.

## **5. ¿Es extrapolable la solución del caso *Urko Labaca Larrea c. Francia* a un supuesto afectado por la política de dispersión española?**

Las circunstancias que rodean el caso *Urko Labaca Larrea* son diferentes a los casos afectados por la política de dispersión, por lo que merecen soluciones jurídicas diferentes. Como ya he apuntado, para negar la injerencia, en este último caso el Tribunal tuvo muy en cuenta que la separación familiar viene motivada principalmente por el hecho de que los presos se encuentran cumpliendo condena en un país diferente al del domicilio familiar. En este asunto partimos de la premisa de que tanto las cárceles de París como la cárcel de Lyon a la que fueron trasladados se encuentran considerablemente alejadas del domicilio familiar y que ello obedece al hecho de que es en Francia donde estos fueron detenidos, juzgados y condenados. Dada esta circunstancia, es lógico que el TEDH haya priorizado la libertad del Estado francés en organizar su política penitenciaria y su flexibilidad en la distribución de presos. Todo ello siempre que haya tenido en cuenta las necesidades del preso en mantener vínculos familiares y haya tratado activamente de promoverlos, lo que parece haber sido así, tal y como demuestran los datos aportados por las autoridades francesas<sup>67</sup>.

Pero este supuesto es diferente al caso español, en el que el gobierno ha establecido una política penitenciaria de excepción basada únicamente en la ideología del condenado. A diferencia del Estado francés, las autoridades españolas sí tienen la posibilidad de trasladar al preso a un centro penitenciario cercano al domicilio familiar para facilitar el mantenimiento de vínculos sociales y familiares al recluso. Sin embargo, ha optado por aplicar la política contraria, que los condenados por terrorismo cumplan sus penas lo más alejados posible del domicilio familiar. Ante esta situación, el órgano jurisdiccional debe evaluar si adoptar una política penitenciaria con carácter general para un colectivo de presos en atención únicamente al tipo de delito cometido, con independencia de las circunstancias personales y familiares constituye una injerencia en el derecho del artículo 8 CEDH.

---

<sup>66</sup> §45.

<sup>67</sup> Además, señala el órgano jurisdiccional, en este caso se añade que los demandantes no habían solicitado con la suficiente claridad el acercamiento. De hecho, el segundo y el tercer demandante podrían haber requerido un cambio de destino dos meses después de haber interpuesto la demanda y después de la condena respectivamente, y no lo hicieron.

Además, si la decisión concreta de trasladar a un preso del centro penitenciario de París al de Lyon no se traduce en diferencias considerables en el número de visitas familiares recibidas por los condenados, difícilmente esto sería extrapolable a un supuesto afectado por la dispersión española. Es poco probable que el cumplimiento de una pena de prisión en una cárcel andaluza no tenga repercusiones en el número de visitas que recibe un preso por parte de sus familiares si estos tienen su residencia en País Vasco o Navarra<sup>68</sup>. Si tenemos en cuenta que los presos en España gozan de regímenes penitenciarios más garantistas que los de Rusia y Ucrania, donde las visitas familiares son mucho más habituales, es difícil que la distancia entre dichas regiones no merme el número anual de visitas recibidas por parte del preso.

Esto no significa que la política de dispersión esté menoscabando el derecho del artículo 8 CEDH de todos los que la sufren. Para llegar a esta conclusión previamente habrá que analizar las circunstancias del caso concreto: el estado de salud, la capacidad económica, la edad de los familiares, los medios de transporte disponibles, los kilómetros de distancia existente entre el domicilio familiar y el centro penitenciario, etc. Pero teniendo en cuenta que hay presos de ETA cumpliendo condena a cientos e incluso miles de kilómetros<sup>69</sup>, no es descartable que se hayan producido situaciones en las que se afecte el mantenimiento de vínculos familiares.

En definitiva, no son comparables el supuesto *Urko Labaca Larrea* y aquellos afectados por la dispersión. Dicho esto, en las siguientes líneas voy a proceder a exponer cuál es la solución, según los tres niveles de análisis, que podría dar el TEDH a un hipotético caso de dispersión.

## **6. ¿Vulnera el artículo 8 CEDH la política de dispersión española?**

### **6.1 ¿Hay injerencia en el derecho a la vida personal y familiar?**

Dada la jurisprudencia consolidada podríamos afirmar que el cumplimiento de una pena de prisión alejado del domicilio familiar constituye un supuesto en el que, a priori, se puede plantear la existencia de una injerencia en el derecho previsto en el artículo 8 CEDH, tal y como revelan los casos *Khodorkovskiy y Lebedev*, *Vintman* y *Rodzevillo* analizados. No obstante, no es que el alejamiento haya sido considerado como una injerencia *per se* en el derecho, sino que ha sido tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional en la medida que impide u obstaculiza al preso recibir visitas por parte de sus familiares y allegados, y lo desvincula del entorno en el que va a reintegrarse tras el cumplimiento de la condena<sup>70</sup>. Así, para saber si en los supuestos de dispersión se da una injerencia habrá que analizar si las circunstancias del caso concreto (distancia entre domicilio familiar y centro de cumplimiento, circunstancias familiares del preso, salud y condiciones de la familia que tiene que desplazarse, etc.) reducen el número de visitas. En el caso *Vintman* el preso no pudo recibir la visita por parte de su

---

<sup>68</sup> Andalucía la comunidad de la península ibérica más alejada del País Vasco es, según datos de Etxerat, la que más presos del colectivo de presos y presas vascos tiene internados en sus centros penitenciarios.

<sup>69</sup> Superan la distancia de mil kilómetros las cárceles que se encuentran en la provincia de Cádiz.

<sup>70</sup> Claramente, el lugar donde se encuentra el centro penitenciario tendrá implicaciones para las visitas familiares. EASTON, S. *Prisoner's Rights*...cit. pág. 157.

madre durante un periodo superior a diez años. Por el contrario, el traslado de los presos de ETA de París a Lyon no mermó el número de visitas.

En el supuesto relativo al auto del TC analizado la distancia entre Valladolid o Madrid (las dos cárceles en las que el preso estuvo cumpliendo condena) respecto a San Sebastián no es excesiva y posiblemente no haya reducido considerablemente el número de visitas recibidas por el preso. Pero no es descartable una situación diferente para algunos convictos que se encuentran cumpliendo condena en cárceles de Andalucía u otras regiones cuyas distancias con el País Vasco son mucho más amplias y equivalentes, en algunos casos, a las de los supuestos de Rusia y Ucrania.

Uno de los argumentos que exponía el TC en su auto para denegar la pretensión al demandante es que la situación del preso de ETA Sabin Mendizábal, -y en realidad probablemente la de ningún preso en España-, no es equiparable a las de los casos contra Ucrania y contra Rusia sobre los que el TEDH se ha pronunciado favorablemente. Debemos recordar que estos casos eran especialmente sangrantes pues Vintman no recibió una visita por parte de su madre durante un periodo superior a diez años y Khodorkovskiy y Lebedev solo tenían derecho a recibir cinco visitas familiares al año. Esto se debe principalmente al hecho de que estos Estados acompañan la medida de alejamiento con un régimen penitenciario extremadamente severo, que restringe de forma seria las visitas anuales de los condenados. Evidentemente si realizamos una comparación limitada a comprobar al número de visitas que reciben los presos en España y en Rusia, probablemente lleguemos a la conclusión de que los presos españoles no ven menoscabado su derecho fundamental del artículo 8 CEDH<sup>71</sup>. Pero ¿Esto significa que sujetos afectados por la política de dispersión jamás podrían esperar que el TEDH estime su pretensión?

La respuesta a esta cuestión debe ser negativa. Es decir, el hecho de que Estrasburgo se haya pronunciado recientemente sobre supuestos de vulneración muy flagrante del artículo 8 del CEDH no significa que haya que llegar a situaciones tan extremas para que se reconozca una injerencia en el derecho del art. 8 CEDH. Un repaso por el resto de la jurisprudencia recaída sobre este derecho revela que otras medidas menos restrictivas también han sido calificadas como menoscabadoras del derecho a la vida privada y familiar. No es necesario que el recluso no reciba una sola visita durante años para poder afirmar que una medida constituye una intromisión en el derecho. Así, por ejemplo, en los casos *Messina* (28.7.2000), *Gallico* (28.6.2005) y *Argenti* (10.11.2005) *c. Italia* el Tribunal consideró que el

---

<sup>71</sup> El número de visitas recibidas por un interno en España nunca va a ser similar cuantitativamente al de las visitas recibidas por uno en Rusia o Ucrania, pues España garantiza en su legislación penitenciaria un mínimo de visitas semanales y mensuales mucho mayor. El artículo 41. 1º del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (RP) establece que como mínimo el preso tiene derecho a dos comunicaciones orales a la semana. Así, apunta que “El Consejo de Dirección fijará, preferentemente durante los fines de semana, los días en que puedan comunicar los internos, de manera que tengan, como mínimo, dos comunicaciones a la semana, y cuantas permita el horario de trabajo los penados clasificados en tercer grado.” El mismo artículo del RP en su apartado 4º establece que “Las dificultades en los desplazamientos de los familiares se tendrán en cuenta en la organización de las visitas”. No obstante, estas comunicaciones en locutorio plantean muchos problemas a los presos que se quejan de la existencia de cristales, la ausencia de intimidad, las malas condiciones de audición, etc. Sobre estos problemas Vid. FERNÁNDEZ DÍAZ, C.R. “Las relaciones del interno con el mundo exterior y su importancia para la reeducación y reinserción social”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº. 17, 2015. No obstante, el artículo 45.5 RP garantiza visitas familiares de una a tres horas al menos una vez al mes.

establecimiento de un régimen penitenciario para sujetos condenados por actividades mafiosas en el que sólo podían recibir dos visitas familiares al mes constituyó una injerencia en el derecho del artículo 8 CEDH<sup>72</sup>. Tampoco es tan extremo como los casos contra Rusia y Ucrania el de *Nowicka c. Polonia* (3.12.2002) en el que el Tribunal admitió que la medida suponía una injerencia en las que el sujeto recibió una visita al mes.

Para saber si hay o no injerencia en el derecho, el Tribunal debe tener en cuenta en qué medida el alejamiento del domicilio familiar merma el número de visitas que podría recibir el preso con arreglo a la legislación o a la práctica penitenciaria del ordenamiento enjuiciado, es decir, tener en cuenta las posibilidades que le ofrece su propio ordenamiento<sup>73</sup>. La clave debe estar en si el familiar o allegado pudo hacer uso de las vistas familiares anuales disponibles<sup>74</sup>. Por ejemplo, en el caso que dirime el auto de la AN analizado consta que entre enero de 2013 y enero de 2015 el preso disfrutó de 158 vistas ordinarias y especiales pero que en 35 ocasiones no acudió el visitante<sup>75</sup>. Este dato podría servir para afirmar que en el caso concreto se ha afectado el derecho a la vida privada y familiar, porque en 35 ocasiones los familiares no pudieron desplazarse a pesar de que lo tenían previsto.

Un aspecto que también podría tener en cuenta el Tribunal para saber si existe injerencia en el derecho, al menos así debería haberlo hecho en el caso de dispersión que recoge el auto del TC analizado, es la duración de la condena. Así, si la incorporación a la vida en sociedad del convicto es inminente, se acentúa incluso más la obligación de promover activamente los vínculos familiares del sujeto. El TEDH ha reiterado en numerosas ocasiones que los presos condenados a penas de prisión largas deben conservar vínculos sociales con sus familiares como factor rehabilitador y resocializador incluso por muy remota que sea la posibilidad de volver a vivir en comunidad<sup>76</sup>. Por tanto, si esta es una máxima que rige para presos de larga duración, con más razón debe operar en presos de corta duración, pues los vínculos familiares son un factor fundamental para que la prisión, al menos, no desocialice<sup>77</sup>.

Otro de los aspectos que podría tener en cuenta el Tribunal para afirmar que existió injerencia en el derecho es el grado de parentesco de los familiares del preso. El TC expuso en su auto que la

---

<sup>72</sup> Caso *Messina* § 62. Si en este caso no se condenó al Estado Italiano es por el hecho de que la injerencia fue considerada proporcional debido a la peligrosidad del preso.

<sup>73</sup> Y así lo hace, a mi juicio, en el caso *Urko Labaca Larrea*.

<sup>74</sup> De hecho, esto es lo que se alega por los demandantes en el caso *Polyakova y otros c. Rusia* (7.3.2017) § 77, que el familiar no pudo hacer uso de todos los días de visita disponibles al año. Este caso resulta curioso porque los que alegan la vulneración del artículo 8 CEDH no son los propios presos sino los familiares.

<sup>75</sup> Vid. apartado 3.1 del auto.

<sup>76</sup> Por todas las sentencias *Vinter y otros c. Reino Unido* (9.7.2013) § 114.

<sup>77</sup> Así, señala CANO PAÑOS, M. “La lejanía del entorno familiar y ambiental ocasiona por tanto situaciones de aislamiento afectivo y cultural, provoca trastornos de la personalidad, desarraigo y puede incidir incluso en el aspecto resocializador que según el sistema constitucional posee la pena”. *El régimen penitenciario...* cit. pág. 42 y el voto particular de SÁEZ VALCARCEL, R. en el auto de la AN de 29 de octubre de 2015 “El alejamiento supone una aflicción añadida a la privación de libertad, ya que provoca un extrañamiento familiar y social superior al que le genera el encierro por sí mismo. La lejanía dificulta con especial intensidad la relación del interno con sus familiares y amigos- hay estudios que lo demuestran-, incrementa la soledad y el aislamiento propios de la reclusión”. Sobre los problemas de desocialización que produce en general la pena de prisión Vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*. Comares. Granada, 2016, págs. 21 y ss.

injerencia en la vida personal y familiar es menor si la dispersión solo reduce el número de visitas de parientes de segundo grado (los abuelos)<sup>78</sup>. Este argumento podría ser aceptado por el TEDH en la medida que los supuestos sobre los que se ha pronunciado siempre han sido relativos a parientes cercanos como la madre, los hijos, etc.<sup>79</sup>. Pero lo cierto es que el órgano jurisdiccional europeo no ha establecido límites en este sentido, por lo que no está tan claro que la imposibilidad de mantener contacto con parientes más lejanos no pueda ser considerado como una injerencia al derecho del artículo 8 CEDH<sup>80</sup>. Asimismo, a diferencia de lo que apunta el TC, tampoco creo que las visitas familiares puedan compensarse con otro tipo de comunicaciones del preso con el mundo exterior como las telefónicas o escritas. Y, de hecho, aunque este argumento ha sido alegado por las autoridades locales, el TEDH no lo ha tenido en cuenta, pues siempre ha otorgado autonomía al derecho a recibir visitas.

## 6.2 ¿Está justificada la injerencia a la luz de lo dispuesto en el artículo 8.2 del CEDH?

En este segundo nivel el TEDH se plantea si la injerencia en el derecho persigue un objetivo previsto en el artículo 8.2 del CEDH. El auto del TC analizado, aunque debería aportar información al respecto, se limita a explicar que “en el caso concreto, valora que se trata de un condenado por terrorismo, lo que exige especiales cautelas”. Por su parte, el auto de la AN sí que expresa detalladamente cuáles son los motivos que persigue la Dirección General de Instituciones Penitenciarias con la política de dispersión. Así, se mencionan los siguientes:

1. Evitar que la organización siga ejerciendo control sobre los miembros de la organización terrorista.
2. El respeto a la dignidad de la víctima, que se vería quebrantado si sus victimarios residiesen en instituciones próximas.
3. El derecho a la seguridad de los funcionarios de instituciones penitenciarias, que en el pasado fueron objetivo puntual de las acciones de la organización terrorista.
4. Evitar la desocialización de presos que han rechazado públicamente la violencia y los mecanismos de la organización terrorista.
5. Impedir el contacto con parientes y amigos que hayan tenido contacto con la organización terrorista.

Excepto el primero, que simplemente alude a que se trata de reclusos condenados por terrorismo, el resto casi con total probabilidad superarían el segundo nivel de análisis del TEDH. El órgano jurisdiccional europeo ha reiterado en multitud de ocasiones que cualquier restricción del artículo 8 CEDH debe ser justificada en el caso concreto<sup>81</sup>. Por ello, el hecho de que nos encontremos ante presos condenados por conductas terroristas no es suficiente, si no va acompañado de alguna justificación que acredite por qué estos merecen un tratamiento diferenciado del resto de presos y una injerencia superior en su derecho a la vida personal y familiar. Sin embargo, los otros razonamientos reflejados en el auto sí que persiguen un objetivo legítimo a la luz del artículo 8. 2 del CEDH. No hay

---

<sup>78</sup> No obstante, resulta un poco contradictorio este argumento cuando la legislación española permite al recluso recibir visitas de familiares y allegados, incluyendo a amigos íntimos en este último concepto.

<sup>79</sup> Aunque en el caso *Rodzevillo* también implicaba al padrastro.

<sup>80</sup> De hecho, en el caso *Rodzevillo* se consideró como parte del núcleo familiar al padrastro.

<sup>81</sup> Así *Dickson c. Reino Unido* (4.13.2007) § 68; *Polyakova y otros c. Rusia* (7.3.2017) § 87.

duda de que evitar la excesiva concentración de presos de la misma organización, la resocialización de otros presos de la organización terrorista o la dignidad de las víctimas contribuyen a “la defensa del orden y la prevención del delito” o a asegurar “la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Otra cuestión es si esos argumentos son suficientes y certeros dadas las circunstancias que rodean el caso concreto. No obstante, esta es una cuestión es objeto de debate en el tercer nivel de análisis.

### **6.3 ¿Es necesaria la injerencia en una sociedad democrática?**

Una vez constatado que el Estado perseguía un objetivo legítimo, pues casi con total seguridad este aspecto sería justificable, el siguiente paso sería analizar si la medida de dispersión es necesaria en una sociedad democrática. Para responder a esta cuestión el Tribunal tiene en cuenta dos aspectos: si los motivos alegados por el Estado son reales y justificados dadas las circunstancias del caso concreto y si el Estado tuvo en cuenta la necesidad del preso en mantener contactos con su familia. Dicho esto, procedo a tratar ambas cuestiones.

#### **6.3.1 ¿Son “suficientes” o “relevantes” las razones que invoca el Estado español?**

A mi juicio, la mayoría de ellos difícilmente pueden ser calificados como “suficientes” o “relevantes”, en palabras textuales del propio TEDH, en el contexto social actual. Si se puede hacer una crítica transversal a todos ellos es que solo pueden servir para justificar una medida restrictiva de derechos fundamentales en un contexto de violencia y de terror como el existente cuando la organización terrorista estaba activa. Sin embargo, a día de hoy, no hay nada que justifique esta política penitenciaria de excepción. Aunque el “cese definitivo de la actividad armada” por parte de la organización terrorista no significa ni su disolución, ni la entrega de las armas o su colaboración con la justicia, lo cierto es que nadie puede negar que la actividad terrorista ha concluido definitivamente<sup>82</sup>. Es cierto que la inactividad de ETA no elimina la posibilidad de que existan atentados por parte de la organización pero, como ha señalado CUERDA RIEZU, la política del gobierno español de no modificar la legislación procesal, penal o penitenciaria sobre terrorismo hasta que esta organización no se disuelva carece de apoyo constitucional, pues una legislación de excepción como la que se da en este supuesto debe prolongarse mientras se mantenga vigente el riesgo<sup>83</sup>.

Así, por ejemplo, la idea de impedir el contacto con parientes y amigos que tengan relación con la organización no puede ser un argumento “suficiente” o “relevante” en el presente. Es cierto que en el entorno mafioso italiano, el TEDH declaró que ciertas restricciones en el régimen de visitas

---

<sup>82</sup> Entendiendo actividad violenta en un sentido muy amplio “como desaparición definitiva de toda actividad armada o violenta de la que emana de la organización en cuestión, y sin que existan organizaciones próximas que sigan activas, es decir, sin que se trate de una mera sustitución de siglas o de la posibilidad de continuación de la actividad en otra forma organizativa” CANCIO MELIÁ, M. “Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia”, en VV. AA. (CUERDA RIEZU, A.R. Dir.) *El Derecho penal ante el fin de ETA*. Tecnos, Madrid, 2016., pág. 45.

<sup>83</sup> CUERDA RIEZU, A.R. “La necesidad de modificar la normativa antiterrorista por motivos constitucionales, tras el fin de la actividad armada de ETA”, en VV. AA (CUERDA RIEZU, A.R. Dir.) *El derecho penal ante el fin de ETA*. Tecnos. Madrid, 2012, pág. 23. En la misma línea CANCIO MELIÁ, que señala que el plus de injusto que produce el terrorismo en las infracciones contra bienes jurídicos individuales (vocación de futuro, pretensión de desafiar al Estado y subvertir el orden constitucional) desaparece con la nueva situación. Por ello, según este autor a día de hoy hay sólidas razones para afirmar que es necesario tomar medidas penitenciarias o de gracia que tengan en cuenta el nuevo contexto social CANCIO MELIÁ, M. “Concepto jurídico-penal de terrorismo...” cit. págs. 65 y 66.

familiares eran legítimas conforme al artículo 8 CEDH<sup>84</sup>. Así, el órgano jurisdiccional europeo legitimó un régimen especialmente restrictivo de los contactos con el objetivo de evitar que los presos mantuvieran sus posiciones, intercambiaran información con otros presos y con el exterior y organizaran la comisión de delitos tanto fuera como dentro de prisión. Ahora bien, si esta medida fue considerada proporcional es precisamente por el hecho de que la organización criminal se encontraba activa en el momento en que dicha medida se implementó y, de hecho, sigue activa a día de hoy. Sin embargo, la respuesta del TEDH no podría ser la misma en una situación en la que la organización criminal hace seis años que abandonó su actividad, dando pasos firmes desde entonces para su definitiva desaparición<sup>85</sup>.

Además de ese razonamiento transversal, hay otros que se pueden formular concretamente a cada uno de los planteados. El motivo (2) alude al respeto a la dignidad y a los intereses legítimos de la víctima. Efectivamente, es justo que el Estado preste atención a determinados intereses de esta. Durante mucho tiempo ha sido la gran olvidada del proceso penal<sup>86</sup>. El error que, a mi juicio, encierra este argumento es la evidente contraposición que realiza entre derecho de la víctima y derecho del preso, la clara incompatibilidad entre ambos. Como señala LANDA GOROSTIZA “Una política a favor de las víctimas de ETA no es una política en contra de los presos de ETA”<sup>87</sup>. Si este razonamiento se sustenta es únicamente debido a la importancia que durante tantos años ha ostentado el colectivo de víctimas de la organización terrorista como agente transformador de la política-criminal<sup>88</sup>.

Hay intereses legítimos de estas que deben ser satisfechos, como el de ser indemnizadas a través de una serie de pensiones, reparaciones y ayudas<sup>89</sup>. También tienen derecho a no ser olvidadas, a que se respete su dignidad, etc.<sup>90</sup>. En cambio, no es lícito que participen de decisiones que afectan al lugar de cumplimiento de condena del preso o sobre su acceso a la libertad condicional, al tercer grado o a otros beneficios penitenciarios. La vigencia de la medida de dispersión no tiene nada que ver con las lícitas pretensiones de las víctimas. De hecho, una cosa es tener en cuenta sus intereses legítimos (reparación del daño, ayuda material o psicológica, etc.) y otra es incorporar su opinión al procedimiento de ejecución de forma acrítica hasta el punto de modificar el sistema de

---

<sup>84</sup> casos *Messina, Argenti* (10.11.2005) y *Gallico* (28.06.2005)

<sup>85</sup> De hecho, el fin de ETA ya es un hecho después de la organización hiciera entrega de un importante arsenal de armas, explosivos y munición y de la emisión de un comunicado pidiendo perdón en abril de 2018. Sobre esto consultar la noticia del diario *El País* de 20 de abril de 2018 “ETA al pueblo vasco: declaración sobre el daño causado”, disponible en línea en: [https://elpais.com/politica/2018/04/20/actualidad/1524201872\\_971645.html](https://elpais.com/politica/2018/04/20/actualidad/1524201872_971645.html).

<sup>86</sup> Aunque lo cierto es que cada vez menos olvidada. Como apunta GARRIDO MAYOL el fin de ETA ha venido de la mano de un endurecimiento de las leyes penales y de una apuesta decidida por la dignificación de las víctimas. GARRIDO MAYOL, A. “La reparación a las víctimas del terrorismo: de la responsabilidad a la solidaridad”, en VV.AA. (CATALÁ I BAS, A. y GARCÍA MENGUAL, F.) *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia*. Cátedra de Derecho autonómico valenciano. Valencia, 2013, pág. 122.

<sup>87</sup> LANDA GOROSTIZA, J. “Perspectivas de conciliación”, en VV.AA. (JUANATEY DORADO, C. (dir.) y FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. (coord.)) *El nuevo panorama del terrorismo en España*. Publicaciones Universidad de Alicante. Alicante. 2013, pág. 168.

<sup>88</sup> Sobre la importancia de este agente en la fase prelegislativa Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Trotta. Madrid, 2013, págs. 36 y ss.

<sup>89</sup> Un repaso sobre las medidas a disposición de la víctima de terrorismo Vid. VV. AA. (SEMPERE NAVARRO, A. (Dir.)). *Reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo. Estudio de la normativa básica estatal y autonómica*. Eolas ediciones. Madrid. 2014.

<sup>90</sup> LAMARCA ITURBE, I. “El derecho a la memoria de las víctimas del terrorismo en Euskadi”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº. 29, 2015, págs. 183-198.

individualización científica y las posibilidades de resocialización del condenado<sup>91</sup>. Además, como apunta LANDA GOROSTIZA, el fin de la medida de dispersión es una cuestión que, bien explicada, podría ser entendida por los colectivos de víctimas<sup>92</sup>. Como insiste este autor, la solución al problema debe pasar por mantener los contenidos esenciales del trípodode verdad, justicia y reparación para con las víctimas, que se asienta en la Ley de víctimas de la Comunidad autónoma vasca<sup>93</sup> y en la Ley estatal de 2011<sup>94</sup>, pero también por una política penitenciaria humana, vacía de contenidos contrarios a los estándares del Derecho internacional y un tratamiento de los presos que transite en patrones de normalidad<sup>95</sup>.

Además de lo acabado de exponer, la alusión a los intereses de la víctima plantea otras críticas. En primer lugar, la Administración Penitenciaria debería poder explicar por qué las víctimas de los delitos de terrorismo, únicas afectadas por la política de dispersión, merecen un tratamiento privilegiado respecto a otras (delitos sexuales, lesiones, etc.)<sup>96</sup>, pues la dignidad debería ser predicable respecto de cualquiera.

Otro argumento que se puede añadir es que dicho razonamiento presupone que todas las víctimas del terrorismo de ETA residen en el País Vasco o en Navarra. Sin embargo, la organización terrorista dejó muchas en todo el territorio nacional. Por tanto, la política de dispersión sólo estaría atendiendo a la dignidad de aquellas que residen en estas comunidades autónomas. Y, finalmente, otro razonamiento que se puede apuntar es que, dada la legislación penitenciaria actual, difícilmente los reclusos de la organización terrorista que no se han acogido a la vía Nanclares van a coincidir con las víctimas de sus delitos en permisos penitenciarios. Esto se debe a que la LO 7/2003 de 30 de junio, “de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas” ha consagrado un sistema en el que el acceso a determinados beneficios penitenciarios o al tercer grado es muy difícil y en el que los permisos de salida son prácticamente inexistentes. En definitiva, la medida de dispersión no garantiza que agresor y víctima no coincidan, pues probablemente no lo hagan, sino que simplemente

---

<sup>91</sup> En un sentido idéntico para la decisión de progresión en grado del condenado FARALDO CABANA, P. “Medidas premiales...” cit. pág. 760.

<sup>92</sup> En este sentido, el autor apunta que hay que diferenciar entre el acceso a mecanismos normales de “beneficios” (permisos de salida, accesos al tercer grado, etc.) y los premios extraordinarios (indultos). Los beneficios ordinarios (el lugar de cumplimiento de la condena lo es), no admiten legítimamente discriminaciones que los bloqueen y que, en realidad se tornen en un castigo por razones ideológicas. Pero su concesión debe ser adecuadamente explicada a las víctimas para evitar que no interpreten la medida como un trato de favor al colectivo de presos LANDA GOROSTIZA, J. “Perspectivas de conciliación” ...cit. págs.167-168.

<sup>93</sup> Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo.

<sup>94</sup> Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

<sup>95</sup> LANDA GOROSTIZA, J. “Perspectivas de conciliación” ...cit. pág.168.

<sup>96</sup> Este argumento es sustentado también por otros autores en otros ámbitos de la legislación penitenciaria. Así, CANO PAÑOS señala que “lo que no se entiende muy bien es por qué la Administración penitenciaria toma más en consideración los muertos, lesionados y secuestrados por el fenómeno terrorista (y a sus familiares) que a los afectados del mismo modo por la delincuencia común. “El régimen penitenciario” ...cit. También CUERDA RIEZU señala que una vez se ha impuesto una pena más grave para un delito terrorista carece de cualquier explicación lógica que el cumplimiento de la pena sea distinto y más perjudicial. Señala el autor “no tiene ningún sentido, por ejemplo, que para obtener la libertad condicional el terrorista tenga que realizar una «petición expresa de perdón a las víctimas de su delito» (art. 90.1 último párrafo del Código penal), pero no tenga que hacer eso mismo el violador o el que vende cocaína adulterada. “La necesidad de modificar la normativa terrorista” ...cit. pág. 23. La explicación es la importancia en la política legislativa que ha adquirido la Asociación de víctimas del Terrorismo. Vid. FARALDO CABANA, P. “Medidas premiales...” cit. pág. 786.

dificulta que los familiares del preso puedan cumplir con el régimen de visitas, transformándose así en una sanción añadida para los allegados, que deben trasladarse en miles de kilómetros.

Respecto al (3), la posible puesta en peligro de los funcionarios de prisiones, además de ser un argumento poco creíble en el contexto social actual, es bastante fácil de contraponer. El riesgo para estos trabajadores no solo no disminuye con la diseminación de los presos de la organización terrorista por centros penitenciarios de toda la geografía española, sino que podría aumentar. Como señala CASTRO ANTONIO la dispersión lejos de reducir el peligro respecto a los funcionarios de prisión lo ha aumentado “porque hay, evidentemente, más objetivos en el sentido de que al haber más dispersión de presos terroristas por todo el Estado, obviamente los objetivos se multiplican”<sup>97</sup>.

Otro de los motivos para denegar el acercamiento ha sido el de evitar contactos con familiares que ejercen un papel en la organización terrorista (5). Como ya he apuntado, este ha sido considerado proporcional en otros supuestos analizados por el TEDH de reclusos vinculados con la Mafia italiana<sup>98</sup>. No obstante, esta respuesta no es extrapolable a la media de dispersión española<sup>99</sup>. Si, como dice el Tribunal, el objetivo de la medida de dispersión es evitar que el preso tenga contacto con familiares que pertenecen a la organización terrorista, lo cierto es que la medida idónea para lograr tal fin sería la misma que llevó a cabo Italia: establecer un régimen penitenciario que limite determinados contactos familiares. Por el contrario, la política de dispersión no evita los contactos con esas personas integradas en la organización, sino que, como ya he puesto de manifiesto, simplemente los dificulta o los encarece. Por ello, Italia nunca ha puesto en marcha una medida similar para presos mafiosos.

Y finalmente, queda plantear la autenticidad y proporcionalidad de los objetivos (1) y (4). Respecto al motivo (1), la principal crítica que se puede formular es que para conseguir este fin hay otras medidas que se podrían implementar como, por ejemplo, evitar los contactos con determinados amigos y familiares o evitar concentrar a todos los presos en el mismo centro penitenciario, lo que facilitaría un mayor control. Sin embargo, estas soluciones no impedirían a los presos ser trasladados a cárceles más cercanas al País Vasco y Navarra. El motivo alegado por el Tribunal no justifica por qué hay internos de la organización terrorista cumpliendo su pena de prisión en centros penitenciarios considerablemente alejados de su domicilio familiar como, por ejemplo, en Andalucía. Y este razonamiento es extrapolable al argumento (4) relativo a que la medida pretende evitar la desocialización de miembros que han abandonado la organización terrorista. Para lograr este propósito sería suficiente con no trasladar a los presos de la organización terrorista a aquellos centros en los que se encuentran los “arrepentidos”, como el de Nanclares de Oca<sup>100</sup>. Por tanto, la medida de dispersión solo adquiriría el carácter de proporcional si las cárceles elegidas para el cumplimiento de los reclusos de la organización terrorista fueran las más cercanas al País Vasco y Navarra, lo que, como sabemos, no sucede.

---

<sup>97</sup>CASTRO ANTONIO, J.L. “Tratamiento penitenciario en casos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales” en VV.AA. (JUANATEY DORADO, C. (dir.) y FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. (coord.)) El nuevo panorama del terrorismo en España. Publicaciones Universidad de Alicante. Alicante. 2013, pág. 126.

<sup>98</sup> *Messina* § 66

<sup>99</sup> Sobre las diferencias existentes entre terrorismo y otras formas de crimen organizado. Vid. FARALDO CABANA, P. “Medidas *premales*...” cit. págs. 772-773.

<sup>100</sup> CASTRO ANTONIO, J.L. “Tratamiento penitenciario...” cit. pág. 126.

En definitiva, los argumentos aportados por la Administración penitenciaria española y por los tribunales no pueden ser considerados suficientes o no superan el análisis de proporcionalidad que pone en práctica el TEDH. Esto viene a confirmar lo que algún autor ya había puesto de manifiesto, que la política de dispersión no responde en absoluto a criterios marcados por los fines de reinserción, es más, no obedece a parámetros de ningún tipo, sino que se decide o se frustra por variables de coyuntura política<sup>101</sup>.

### **6.3.2 ¿ El Estado tuvo en cuenta la necesidad del recluso de mantener algunos vínculos sociales y familiares?**

En lo relativo al segundo argumento, la pretensión de los demandantes también podría dar sus frutos. El TEDH ha establecido en los supuestos relativos a Ucrania y Rusia que para que una medida que menoscaba el derecho a la vida personal y familiar sea legítima es necesario que a la hora de imponerla las autoridades locales hayan tenido en cuenta el interés del recluso en mantener, al menos, algunos vínculos sociales y familiares<sup>102</sup>. Para ello, deben haberse valorado aspectos concretos como las distancias en juego, las infraestructuras, los medios de transporte disponibles, las circunstancias de salud, edad y presupuestarias de los familiares, etc.

El problema que plantea la política de dispersión, y por lo que creo que la pretensión del colectivo de presos podría prosperar en algunos supuestos es que es difícil poder afirmar que las autoridades españolas tienen en cuenta las circunstancias del caso concreto cuando existe una norma general que rige para todos los condenados por delitos de terrorismo sin excepción. Es decir, la vigencia de una norma que limita el derecho a la vida personal y familiar para una categoría general de presos difícilmente puede permitir a la Administración penitenciaria atender a las particularidades de cada caso a la hora de tomar la decisión sobre cuál es el centro penitenciario más adecuado. Como expuso el TEDH en el caso *Khoroshenko* el margen de apreciación es inherentemente estrecho cuando existe una normativa general que regula la situación<sup>103</sup>. De este modo, la vigencia de dicha norma impide que las autoridades tengan en cuenta datos como la salud de la familia del preso, la edad, la capacidad económica para poder trasladarse por la geografía española, la existencia de medios de transporte públicos o privados, los kilómetros entre domicilio familiar y centro penitenciario, etc. Es más, la medida de dispersión no permite discriminar si el preso ha cometido un delito grave o no<sup>104</sup>. En definitiva, el acercamiento simplemente se condiciona a un juicio sobre las actitudes y pensamientos del terrorista que se separan del concepto de resocialización constitucionalmente admitido y que no tiene en cuenta las circunstancias de cada caso (distancia, salud, edad de los familiares etc.) que a juicio del TEDH deben ser valoradas.

---

<sup>101</sup> CANO PAÑOS, M.A. El régimen penitenciario...cit. págs. 43.

<sup>102</sup> *Rodzevillo* § 83; *Khodorkovskiy y Lebedev* § 150; *Khoroshenko* § 142; *Vintman* § 103.

<sup>103</sup> Así lo ponen de manifiesto los autores en su comentario sobre el caso *Khoroshenko*. DZEHTSIAROU, K. y FONTANELLI, F. "Family Visits for Life Prisoners: Khoroshenko v. Russia", *Strasbourg Observers blog*. (2.7.2015). Disponible en línea en <https://strasbourgothers.com/2015/07/02/family-visits-for-life-prisoners-khoroshenko-v-russia/>

<sup>104</sup> Como ha señalado LANDA GOROSTIZA es cierto que algunos presos efectivamente han cometido delitos graves con muertos y heridos a sus espaldas, pero otros están en prisión por una expansión de delitos de apología o por comportamientos indebidamente calificados de colaboración o pertenencia a banda armada a pesar de que su contenido era puramente ideológico. LANDA GOROSTIZA, J. "Perspectivas de conciliación" ...cit. pág.165.

Esta situación vulnera una máxima establecida reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal; el Estado no tiene vía libre a la hora de introducir restricciones en un sentido general, por ejemplo para una categoría de presos, sin prever mecanismos que puedan aportar flexibilidad para determinar si la limitación al derecho fundamental en el caso específico es apropiada o necesaria<sup>105</sup>, que es precisamente lo que ocurre con la política de dispersión española. Por eso, en la reciente sentencia del caso *Polyakova y otros c. Rusia* en su párrafo 116 considera vulnerado el artículo 8 porque la ley rusa, que parte de una regla universal de distribución, no contiene mecanismos que obliguen a la Administración penitenciaria a tener en cuenta las posibles implicaciones que la ubicación de la prisión pueda tener en la vida familiar del recluso y de sus allegados, de tal modo que no le otorga una oportunidad realista de ser trasladado a otro centro que le permita salvaguardar su derecho.

## 7. Conclusiones

Una vez analizados los tres niveles sobre los que se pronuncia el TEDH, la conclusión que se puede extraer es que la política de dispersión podría, en algunos casos, dar lugar a una condena a España por su vulneración del artículo 8 del CEDH. Para ello, no basta con que el recluso cumpla la pena alejado del domicilio familiar, sino que las circunstancias del caso deben obstaculizar o impedir el régimen de visitas, dando lugar a un menor número de ellas. Para ello deben concurrir factores como la existencia de niños pequeños, personas enfermas que no se puedan trasladarse fácilmente por el territorio nacional, una distancia con el domicilio considerable, etc.

En definitiva, los argumentos expuestos podrían hacer que Estrasburgo considere la medida de dispersión como una intrusión desproporcionada en el derecho a la vida privada y familiar de los afectados por ella. Y esta es la línea que ha defendido el TEDH en numerosas sentencias. Esta respuesta supondría una nueva condena a España por parte de órgano jurisdiccional europeo por su política antiterrorista. Y un nuevo tirón de orejas al TC español, que ha legitimado reiteradamente un tratamiento simbólico y excepcional para un determinado colectivo de presos<sup>106</sup>. Resulta criticable que la agravación de la política penitenciaria en materia de terrorismo a lo largo de los años no haya sido suficientemente cuestionada por los tribunales, tal y como demuestran los autos de la AN y del TC<sup>107</sup>. Y que los cambios hayan tenido que venir impuestos por organismos supranacionales. Por eso, antes de llegar a una posible condena, lo ideal sería que *motu proprio* el gobierno se replanteara la situación y atendiera a los reiterados requerimientos del colectivo de presos, de un sector importante de la sociedad y de la doctrina autorizada<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Caso *Khoroshenko* § 126; *Polyakova y otros c. Rusia* (7.03.2017) § 89.

<sup>106</sup> Como ya hizo sobre la doctrina *Parot* en el caso *del Río Prada c. España* (21.10.2013) en el que se condena al Estado español por la aplicación de la doctrina *Parot* con carácter retroactivo. Sobre este supuesto Vid. HUERTA TOCILDO, S. “La anulación de la doctrina *Parot* por STEDH de 21 de octubre de 2013: mucho ruido para un fallo jurídicamente cantado”, en VV. AA. (PÉREZ MANZANO, M. y LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.) *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Marcial Pons. Madrid, Barcelona. 2016, págs. 165-290.

<sup>107</sup> En este sentido LANDA GOROSTIZA, J.M. “Delitos de terrorismo...” cit. pág. 201.

<sup>108</sup> . De hecho, Francia ya ha anunciado que trasladará los presos a cárceles próximas a Euskadi. Noticia del periódico *El País* de 15 de enero de 2018 “Francia acercará a los presos de ETA a cárceles próximas a Euskadi”. Disponible en línea en: [https://politica.elpais.com/politica/2018/01/15/actualidad/1516021121\\_511126.html](https://politica.elpais.com/politica/2018/01/15/actualidad/1516021121_511126.html)

Para convencer a los poderes públicos quizás deberíamos plantearnos incorporar al discurso garantista argumentos utilitaristas. Debe calar la idea que, además de dudosamente ajustada a la legalidad europea, la política de dispersión es poco eficaz y podría dar lugar incluso al efecto opuesto al deseado. Como afirma CANO PAÑOS “el hecho de que se tenga como referente un parámetro de carácter subjetivo, vinculado exclusivamente a la persona y a la ideología del condenado, sirve para que estos delincuentes se identifiquen aún más con su propio colectivo, esto es, para que radicalicen aún más sus posturas, fomentándose las mismas en lugar de luchar contra la protección y control que la organización ejerce sobre el colectivo de presos. La identidad con la organización terrorista, el saberse castigado por la pertenencia a la misma, va a servir pues de acicate para que no se abandone la militancia, sobre todo si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos se trata de delincuencia por convicción”<sup>109</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

BERISTAIN IPIÑA, A. “Pro y contra el acercamiento de los presos de ETA”, en VV.AA. *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón* (ECHANO BASALDÚA J.L; coord.), Universidad de Deusto. 2002, Bilbao, págs. 87-104.

CANCIO MELIÁ, M. “Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia”, en VV. AA. (CUERDA RIEZU, A.R. Dir.) *El Derecho penal ante el fin de ETA*. Tecnos, Madrid. 2016.

CANO PAÑOS, M.A. “El régimen penitenciario de los terroristas de ETA ¿Mantenimiento, supresión o modificación?”, en *Diario La Ley*, nº7821 (20.3.2012).

CANO PAÑOS, M.A. *Régimen penitenciario de los terroristas en España: la prisión como arma para combatir a ETA*. Dykinson. Madrid, 2012.

CASTRO ANTONIO, J.L. “Tratamiento penitenciario en casos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales” en VV.AA. (JUANATEY DORADO, C, (dir.) y FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. (coord.)) *El nuevo panorama del terrorismo en España*. Publicaciones Universidad de Alicante. Alicante. 2013.

CUERDA RIEZU, A.R. “La necesidad de modificar la normativa antiterrorista por motivos constitucionales, tras el fin de la actividad armada de ETA”, en VV.AA (CUERDA RIEZU, A.R. Dir.) *El derecho penal ante el fin de ETA*. Tecnos. Madrid, 2012, págs.13-25.

CID CEBRIÁN, M. “Posibilidades de pacificación social en el final de ETA”, en VV.AA (CUERDA RIEZU, A.R. Dir.) *El derecho penal ante el fin de ETA*. Tecnos. Madrid, 2012.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*. Comares. Granada, 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Trotta. Madrid, 2013

---

<sup>109</sup> En este sentido CANO PAÑOS, M.A. *El régimen penitenciario...* cit. págs. 43-44. También cuestiona los efectos a largo plazo FARALDO CABANA, P. “Medidas premiales...” cit. pág. 769.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La política criminal en la encrucijada*. B de F. Buenos Aires, 2015.

DZEHTSIAROU, K. y FONTANELLI, F. “Family Visits for Life Prisoners: Khoroshenko v Russia”, *Strasbourg Observers*. (2.7.2015). Disponible en línea en <https://strasbourgobservers.com/2015/07/02/family-visits-for-life-prisoners-khoroshenko-v-russia/>

EASTON, S. *Prisoner's rights. Principles and practices*. Routledge. Londres, Nueva York. 2011

FARALDO CABANA, P. “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción”, en VV. AA. (CANCIO MELIÁ, M y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (I).Edisofer. Madrid, págs. 757-798.

FERNÁNDEZ DÍAZ, C.R. “Las relaciones del interno con el mundo exterior y su importancia para la reeducación y reinserción social”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º. 17, 2015.

GARRIDO MAYOL, A. “La reparación a las víctimas del terrorismo: de la responsabilidad a la solidaridad”, en VV.AA. (CATALÁ I BAS, A. y GARCÍA MENGUAL, F.) *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo: de la responsabilidad a la solidaridad*.

GIMBERNAT DÍAZ, E. “El Derecho penitenciario del enemigo aplicable a los presos por delitos de terrorismo”, en VV. AA. (CUERDA RIEZU, A.R. Dir.) *El derecho penal ante el fin de ETA*. Tecnos. Madrid, 2012.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una alternativa a la política criminal sobre terrorismo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

HAIRSTON, C. F. “Family Ties During Imprisonment: Important to Whom and For What?” *Journal of Sociology and Social Welfare* (1991), págs. 87-104.

HUERTA TOCILDO, S. “La anulación de la doctrina Parot por STEDH de 21 de octubre de 2013: mucho ruido para un fallo jurídicamente cantado”, en VV. AA. (PÉREZ MANZANO, M. y

LAMARCA ITURBE, I. “El derecho a la memoria de las víctimas del terrorismo en Euskadi”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º. 29, 2015, págs. 183-198.

LAMARCA PÉREZ, C. “Noción de terrorismo y clases. Evolución legislativa y político-criminal”, en VV.AA. (JUANATEY DORADO, C, (dir.) y FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. (coord.)) *El nuevo panorama del terrorismo en España*. Publicaciones Universidad de Alicante. Alicante. 2013.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.) *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Marcial Pons. Madrid, Barcelona. 2016, págs. 165-290.

KIKELLY, U. *The right to respect for private and family life A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. Council of Europe. Germany. 2001.

LANDA GOROSTIZA, J.M. “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿Hacia dónde?”, en VV.AA. (CANCIO MELIÁ, M y GÓMEZ-

JARA DÍEZ, C. coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión (II)*. Edisofer. Madrid, 2006 págs. 165-201.

LANDA GOROSTIZA, J. “Perspectivas de conciliación”, en VV.AA. (JUANATEY DORADO, C, (dir.) y FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. (coord.)) *El nuevo panorama del terrorismo en España*. Publicaciones Universidad de Alicante. Alicante. 2013.

LEACH, P. *Taking a case to the European Court of Human Rights*. Oxford University press. London. 2011.

LIPPKE, R.L. *Rethinking Imprisonment*. Oxford. Oxford. 2007

LLOBET ANGLÍ, M. “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias”, *InDret*, nº1 (2007), págs. 1-36. Disponible en línea en [http://www.indret.com/pdf/402\\_es\\_1.pdf](http://www.indret.com/pdf/402_es_1.pdf).

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Política penitenciaria, legislación y terrorismo”, *Diario La Ley*, nº 7868, 29 de mayo de 2012, (33), págs. 1-10.

MAPELLI CAFFARENA, B. “Política penitenciaria y terrorismo”, en *VII Jornadas penitenciarias andaluzas*. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía, 1991, pp. 169-176.

RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C “El modelo penitenciario español frente al terrorismo”, *La ley Penal*, nº67(2009), pp. 55-92.

ROLDÁN BARBERO, H. *Los GRAPO. Un estudio criminológico*. Ed. Comares. Granada, 2008.

SALES JARDÍ, M. “La vida familiar de los detenidos y reclusos en la jurisprudencia del TEDH”, *ReDCE* nº24, julio –diciembre de 2015, págs. 1-31.

SYKES, G. M. *A Society of Captives: A Study of a Maximum-Security Prison*. Princeton University Press. New Jersey, 1974.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. Nº3 (2016), págs. 1-72.

VV. AA. (SEMPERE NAVARRO, A. (Dir.)). *Reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo. Estudio de la normativa básica estatal y autonómica*. Eolas ediciones. Madrid. 2014.