

ÚLTIMO CAPÍTULO SOBRE LA DISPERSIÓN DE PRESOS DE ETA: LA RESPUESTA DEL TEDH ¹

Por

MARTA FERNÁNDEZ CABRERA
Profesora ayudante doctora de Derecho penal
Universidad de Málaga

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Penal 34 (2020)

RESUMEN: La política de dispersión de presos es una política penitenciaria que hace que los presos condenados por terrorismo cumplan sus condenas considerablemente alejados del domicilio familiar. La decisión de mantenerla en vigor ha suscitado diversos pronunciamientos por parte de los tribunales españoles, que han confirmado su adecuación al ordenamiento jurídico. Por eso, agotada la vía judicial interna española, el último recurso de los presos era acudir al TEDH. Estrasburgo se ha pronunciado sobre esta cuestión el 7 de mayo de 2019 en el caso Fraile Iturralde c. España, declarando que esta medida no vulnera el derecho a la vida familiar del preso recogido en el artículo 8 CEDH. El objetivo del presente trabajo es analizar las claves de esta sentencia a la luz de la reiterada jurisprudencia recaída sobre este derecho y extraer algunos datos que podrían servir para acelerar su fin a pesar del contenido del fallo.

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.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La respuesta del TEDH a supuestos similares antes del 7 mayo de 2019. 3. La respuesta previsible del TEDH a un supuesto afectado por la política de dispersión a la luz de la jurisprudencia consolidada 4. La respuesta que efectivamente ha dado el TEDH a esta problemática en la sentencia de 7 mayo de 2019 sobre el caso Fraile Iturralde c España. 5. Crítica a la sentencia 5.1 Contradicciones con la jurisprudencia consolidada 5.2 Aspectos positivos de la sentencia 6. Conclusiones.

LAST CHAPTER ON THE DISPERSION OF ETA PRISONERS: THE ECHR'S RESPONSE

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de dos proyectos de investigación: “Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Unión Europea y Derecho Interno” (PGC 2018-097607-B-100 P), financiado por el Ministerio de economía y competitividad y cuyo investigador principal es Octavio García Pérez; y “Análisis de las últimas reformas en materia de terrorismo: una aproximación interdisciplinar.”, financiado por el Plan propio de la UMA y cuya investigadora principal es Marta Fernández Cabrera.

ABSTRACT: Prisoner dispersion policy is a prison policy that makes inmates convicted of terrorism serve their sentences considerably away from the family home. The legality of this measure has been confirmed by the Spanish courts. For this reason, ended the Spanish internal judicial process, the prisoners' last resource was to go to the ECHR. Strasbourg issued a judgment on this matter on May 7, 2019 in the case of Fraile Iturralde v. Spain, stating that this prison measure does not violate the right to family life of the prisoner set out in article 8 of the ECHR. The objective of this paper is to analyze the keys to this judgment in light of the repeated jurisprudence on this right and to extract some data that could serve to accelerate its end despite the content of the ruling.

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

1. INTRODUCCIÓN

La política de dispersión es una política penitenciaria que surge a finales de los años 80 y que hace que los presos condenados por terrorismo, especialmente los presos de ETA, cumplan sus penas alejados del domicilio familiar. Esta surge como reacción al sistema de concentración vigente en la primera mitad de la década de 1980 y que había dado lugar a efectos contrarios a los pretendidos². El objetivo, además de revertir las consecuencias de la concentración, señaló en su momento el Ministerio de Justicia, 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”³.

Aunque había determinados argumentos que justificaban mantener el alejamiento penitenciario cuando la organización terrorista se encontraba activa⁴, lo cierto es que desde hace tiempo la dispersión se ha convertido en una cuestión controvertida que se ha visto todavía más discutida tras el cese definitivo de la actividad armada. El anuncio de la interrupción de la violencia en 2011, el desarme, el perdón a las víctimas y, finalmente, la disolución (el 3 de mayo de 2018) han ido dando lugar a un mayor

² la agrupación en determinados centros penitenciarios de terroristas de ETA dio lugar precisamente a 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. 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.

³ CANO PAÑOS, M.A. *Régimen penitenciario de los terroristas en España: La prisión como arma para combatir a ETA*. Dykinson. Madrid. 2012, pág. 39.

⁴ Aunque incluso en la época en la que seguía actuando la organización ya había quien proponía un acercamiento controlado de algunos presos al País Vasco. BERISTÁIN IPIÑA, A. ¿Derechos y deberes humano-fraternales en las prisiones?: (desde el radicalismo étnico a la paz en el País Vasco). *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº. 12, 1998, págs. 213-242.

cuestionamiento de esta medida penitenciaria de excepción⁵. Y lo cierto es que, a pesar de que hace ya más de dos años del final de ETA, la dispersión sigue afectando a aquellos presos que no han roto pública y firmemente con la organización⁶.

Desde hace años, el colectivo de presos y presas de ETA (EPPK) 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. A esta petición de los presos, y de la propia sociedad vasca, se han sumado muchos académicos, que consideran que sería un paso lógico por parte del gobierno eliminar esta política penitenciaria de cara a conseguir una paz definitiva en el País Vasco. Esto se debe a que los argumentos que motivaron esta medida han ido perdiendo peso y dejando paso a otros de carácter más humanitario o resocializador. Así, si hace unos años jugaba un papel principal la necesidad de dificultar que la organización siguiera ejerciendo control sobre sus miembros, 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 constitucional⁷. En este sentido, 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

⁵ El Gobierno afirmó que la política de dispersión desaparecería con la disolución de ETA (Noticia del periódico *El País* de 2 de agosto de 2017 “El Gobierno mantendrá la dispersión de presos mientras ETA no se disuelva”. Disponible en línea en: https://politica.elpais.com/politica/2017/08/02/actualidad/1501668224_985878.html.) pero lo cierto es que esta medida sigue vigente dos años después del anuncio (Noticia del diario *Público* de 30 de junio de 2020 “ El Gobierno mantiene la dispersión de presos dos años después del final de ETA” disponible en línea <https://www.publico.es/politica/gobierno-mantiene-dispersion-presos-anos.html>)

⁶ Hoy son en torno a unos 200. Para conocer los datos sobre donde se encuentran cumpliendo penas de prisión los presos de ETA se puede consultar la web de la asociación Etxerat con datos actualizados hasta el 21 de junio de 2020. Disponible en línea en <https://www.etxerat.eus/index.php/es/>.

⁷ Aunque el concepto constitucional de resocialización recogido en el 25.2 de la CE es limitado, pues ha sido interpretado por el TC como criterio orientador para el legislador, hay quien apunta a que esto podría revertir gracias a los pronunciamientos del TEDH. El concepto de resocialización establecido por el TEDH va más allá y exige al Estado establecer mecanismos positivos que permitan al preso reeducarse y resocializarse para cumplir con los criterios requeridos para su liberación en una fecha futura (derecho a la esperanza). BLANCO CORDERO, I. “Capítulo XI. La resocialización como obligación positiva del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. VV.AA. (JUANATEY DORADO, C. y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. coord.) *Derechos del condenado y necesidad de pena*. Aranzadi. Cizur Menor. 2018, págs. 282 y ss. En este sentido, el lugar de cumplimiento de la condena no es una cuestión menor, al contrario, pues el TEDH ha establecido en diversas ocasiones que las autoridades penitenciarias tienen la obligación de impedir la ruptura de los vínculos familiares y facilitar a los presos un razonable nivel de contacto con su familia. *Polyakova y otros c. Rusia* §89.

familia y su cultura, lo cual conduce a gravar de forma inadmisibile el contenido de la prisión”⁸.

La decisión firme del gobierno de no aproximar a estos presos a centros penitenciarios más cercanos a sus domicilios no es una mera cuestión política, sino que ha suscitado un debate judicial que ha dado lugar a pronunciamientos, tanto de la Audiencia Nacional (AN) como del propio Tribunal Constitucional (TC). La respuesta de ambos órganos ha sido de apoyo al gobierno en el mantenimiento de dicha política. 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 (recurso de amparo 3312-2016), respecto a la pretensión de un preso que después de ser extraditado desde Francia solicita su reubicación en el centro penitenciario de Guipúzcoa o Álava⁹.

Agotada la vía jurisdiccional interna española, la única opción que tenían los presos y sus familiares para satisfacer su pretensión era acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Estrasburgo ha tenido diversas ocasiones para pronunciarse sobre presos que cumplen sus condenas considerablemente alejados de su hogar. Y lo ha hecho planteándose si esta situación vulnera el derecho a la vida familiar del preso recogido en el 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). Alegando diferentes motivos las autoridades locales de diversos Estados han asignado a sus reclusos a centros penitenciarios que se encuentran a miles de kilómetros de distancia, haciendo en algunos casos muy difícil o imposible las visitas por parte de sus allegados. Y aunque el Tribunal reconoce algunos motivos que justificarían ejecutar la pena de prisión en estas condiciones, en general, ha fallado a favor de los demandantes¹⁰.

⁸ CANO PAÑOS, M.A. *El régimen penitenciario de los terroristas en España...*cit. págs.41-42. En el mismo sentido RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C “El modelo penitenciario español frente al terrorismo”, *La ley Penal*, nº67(2009), 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. 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. 103.

⁹ No obstante, 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 mayoritarias. En el de la AN fue suscrito por un magistrado y en el del TC suscrito por tres de los once magistrados del pleno.

¹⁰ *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia* (23.01.2015), *Vintman c. Ucrania* (23.10.2014) y *Rodzevillo c. Ucrania* (14.01.2016).

Dadas las respuestas favorables ofrecidas para los presos en diversos pronunciamientos contra Rusia y contra Ucrania, había voces que apuntaban a que Estrasburgo podía fallar en el mismo sentido en un caso afectado por la política de dispersión de presos española¹¹. Sin embargo, el 7 de mayo de 2019 Estrasburgo se ha pronunciado sobre esta cuestión (*Fraile Iturralde c. España*) en sentido contrario. Es decir, ha considerado que el traslado del preso de ETA Jorge Fraile Iturralde a un centro penitenciario de Badajoz, cuando ETA ya había anunciado el cese definitivo de su actividad armada, no vulnera el derecho a la vida familiar del preso.

El objetivo del presente trabajo es analizar las claves de esta sentencia a la luz de la doctrina jurisprudencial recaída sobre este derecho y extraer algunos datos que podrían servir para acelerar el fin de dicha política penitenciaria a pesar del contenido del fallo. Para ello, la estructura del presente artículo será la siguiente: en primer lugar, explicaré cuál es la doctrina consolidada en torno al derecho a la vida familiar de los presos con anterioridad al 7 de mayo de 2019; en segundo lugar, expondré cuál era la respuesta esperable por parte del TEDH a un caso afectado por la política dispersión; en tercer lugar, haré un análisis de la respuesta que efectivamente ha dado el TEDH a esta problemática en el caso *Fraile Iturralde c España* y, finalmente, realizaré una crítica de dicha sentencia, exponiendo sus contradicciones con la doctrina consolidada.

2. LA RESPUESTA DEL TEDH ANTE SUPUESTOS SIMILARES ANTES DEL 7 MAYO DE 2019

La respuesta por parte del TEDH antes del 7 de mayo de 2019 había sido diferente a la de los tribunales españoles para supuestos similares. Como acabo de apuntar, Estrasburgo ha tenido varias ocasiones para pronunciarse sobre presos que cumplen su condena considerablemente alejados del domicilio y la mayor parte de ellas ha fallado a favor de los demandantes, considerado que la ejecución de una pena de prisión en estas condiciones constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la vida familiar del preso recogido en el artículo 8 CEDH¹². Así sucedió en los casos *Khodorkovskiy y Lebedev c.*

¹¹ Así lo expuse en un artículo relativamente reciente. Vid. FERNÁNDEZ CABRERA, M. “La política de dispersión de presos de ETA a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, *Cuadernos de política Criminal*, nº125 (septiembre 2018), pp. 107-147

¹² Sólo hay una ocasión en la que da la razón al Estado, el caso *Urko Labaca Larrea c. Francia* (7.2.2017). Este, precisamente, es un supuesto en el que los demandantes también pertenecen a la organización terrorista ETA. Sin embargo, aunque los presos alegan la vulneración del derecho a su vida familiar, poco tiene que ver este supuesto con aquellos afectados por la política de dispersión de presos española y así lo expongo en FERNÁNDEZ CABRERA, M. “El Derecho a cumplir condena cerca del domicilio tras la reciente STEDH Urko Labaca Larrea c. Francia (7.2.2017)”, en CARUSO FONTÁN, V./ PÉREZ ALBERDI, M.R. (dirs.), *El caso Diálogos Judiciales en el sistema europeo de protección de Derechos: una mirada interdisciplinar*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, pp.351-362.

Rusia (23.01.2015); *Vintman c. Ucrania* (23.10.2014) y *Rodzevillo c. Ucrania* (14.01.2016). Estos supuestos son similares entre sí en la medida que se pronuncian sobre presos que se encuentran alejados en miles de kilómetros de sus familiares, en unos países con una vasta extensión, cuyos medios de transporte son deficientes y con familiares que no pueden viajar fácilmente por el territorio nacional (niños o ancianos).

En todos estos supuestos, el procedimiento para averiguar si la medida estatal de alejar al preso vulnera el derecho fundamental previsto en el artículo 8 CEDH es siempre el mismo. Este consiste en un juicio en tres fases en el que la conclusión a la que llegue en la fase anterior afecta a la posibilidad de acudir a la superior.

En el primer nivel, el TEDH se plantea si la decisión de la administración penitenciaria de asignar al preso a un determinado centro ha constituido una intromisión en el derecho fundamental del preso. En otras palabras, si se produce una vulneración de la vida familiar más allá de los inconvenientes y restricciones propios del simple hecho de estar condenado a una pena de prisión¹³. Para apreciar una injerencia, tiene en cuenta aspectos como la existencia de niños pequeños (caso *Khodorkovskiy y Lebedev*), o enfermos y ancianos (*Vintman, Rodzevillo*) a los que la distancia entre el centro penitenciario y el domicilio familiar les sea imposible o especialmente difícil, la distancia en kilómetros, la realidad del sistema de transporte, las infraestructuras del país, las circunstancias personales tanto económicas como físicas de los allegados, etc. Y también se plantea si esta situación impide u obstaculiza al preso recibir visitas y lo desvincula del entorno en el que debe reintegrarse tras el cumplimiento de la condena.

Si el Tribunal considera que hay una injerencia en el derecho, acude al segundo nivel para responder si el Estado tiene una razón legítima que motive dicha injerencia al amparo del artículo 8.2 del CEDH¹⁴. Y, lo cierto es que este nivel suele arrojar un saldo favorable al Estado pues, aunque es cierto que no todos los motivos alegados por las autoridades se han considerado amparados en el artículo 8.2 CEDH, la mayor parte de las veces se alegan razones legítimas para justificar el alejamiento.

En este sentido, no se han considerado amparados en el artículo 8.2 CEDH, por ejemplo, la existencia de una norma general que obliga al preso a cumplir la totalidad de su condena en un mismo centro penitenciario¹⁵ o la existencia de una regla que obliga al

¹³ caso *Khodorkovskiy y Lebedev* §837.

¹⁴ El artículo 8.2 CEDH recoge 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”.

¹⁵ El Tribunal se percata 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

preso a cumplir su condena en una región diferente a la del lugar donde cometió el delito¹⁶. Por el contrario, se han considerado argumentos legítimos: a) evitar la superpoblación penitenciaria o la ausencia de plazas disponibles en centros penitenciarios más cercanos¹⁷, b) desarrollar un programa individualizado de rehabilitación, c) garantizar la seguridad del propio condenado o de otros presos, en caso de que este/estos sean peligrosos, d) garantizar la disciplina del preso, cuando este haya tenido un mal comportamiento que no justifique beneficiarlo con el traslado a su domicilio¹⁸, etc. Todos ellos quedan al amparo del artículo 8.2 de CEDH pues, según el Tribunal, contribuyen a prevenir «el desorden y el delito» y aseguran «los derechos y las libertades de otros»¹⁸.

Esto significa que la controversia se suele resolver en el tercer nivel. En este punto Estrasburgo se plantea si la medida de alejamiento es necesaria en una sociedad democrática o, en otras palabras, si la medida es proporcional al objetivo perseguido. Para ello da respuesta a dos cuestiones, de modo que si una de ellas arroja un saldo favorable al demandante la medida estatal será considerada como innecesaria en una sociedad democrática.

En la primera plantea si los motivos alegados por las autoridades locales en el segundo nivel para fundamentar el alejamiento son reales o “suficientes o relevantes” (o, por el contrario, son una mera excusa). Para ello el Tribunal trata de analizar si del caso concreto se pueden deducir datos que revelen que los argumentos que ofrecen las autoridades son inconsistentes. 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 motivan la decisión de la administración penitenciaria rusa, pues el Tribunal viene a afirmar que no es creíble que las víctimas puedan tomarse venganza sobre los reclusos, ya que los delitos cometidos tutelan bienes jurídicos colectivos y carecen de víctimas como tal. Y tampoco resulta realista el de la superpoblación penitenciaria de las cárceles de Moscú pues, como dice el Tribunal, existen numerosas regiones más cercanas a esta ciudad que a las que fueron enviados los presos. Por tanto, la ausencia de razones reales hace que el Tribunal llegue a la conclusión de que el alejamiento tenía como único propósito de afligir

región en la que se encuentra su domicilio y así facilitarle el mantenimiento de lazos familiares. *Vintman* §95.

¹⁶ 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. *Rodzevillo* §81 y 84.

¹⁷ *Vintman* §96; *Khodorkovskiy y Lebedev* §847; *Rodzevillo* §84.

¹⁸ *Vintman* §98. Para ver la crítica que concibe el lugar de cumplimiento como un beneficio penitenciario vid. FERNÁNDEZ CABRERA, M. “La política de dispersión de presos de ETA...” cit.

un mal superior a la propia condena a una pena de prisión. Y si ello es así, la medida debe considerarse desproporcionada.

En la segunda, analiza si las autoridades penitenciarias cuando asignaron al recluso a un penitenciario concreto tuvieron en cuenta mínimamente las necesidades de este en mantener vínculos sociales. En este sentido, exige que la administración penitenciaria haya hecho una valoración previa de las circunstancias del caso concreto y haya tomado en consideración aspectos como la salud y edad de los familiares, sus limitaciones presupuestarias, las distancias en juego, la situación de la red de transportes, etc. Por ejemplo, en el caso *Rodzevillo* el Tribunal aprecia que no se ponderaron los argumentos expuestos por el demandante y su madre relativos a su situación privada, incluyendo los problemas de salud y limitación presupuestaria que limitaban a los padres viajar a cumplir con el régimen de visitas¹⁹.

3. LA RESPUESTA PREVISIBLE DEL TEDH A UN SUPUESTO AFECTADO POR LA POLÍTICA DE DISPERSIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSOLIDADA

Dada esta jurisprudencia consolidada y el parecido de estos supuestos con aquellos afectados por la política de dispersión de presos española, había motivos para pensar que el TEDH podía fallar en el mismo sentido y declarar esta medida penitenciaria como contraria al CEDH. Así, de hecho, lo manifesté en un artículo publicado recientemente²⁰. En las siguientes líneas resumiré cómo debía afrontar el Tribunal un supuesto de este tipo a la luz de su propia doctrina.

En el primer nivel, para saber si hay injerencia en el derecho, el Tribunal debe analizar circunstancias del caso concreto: el estado de salud y edad de los familiares, su capacidad económica, los medios de transporte disponibles, los kilómetros de distancia existente entre el domicilio familiar y el centro penitenciario, etc. En el caso del alejamiento de los presos de ETA la conclusión que se extrae es que la existencia de una injerencia va a depender del caso concreto, de forma que no se puede afirmar que exista una vulneración general para todos los reclusos afectados por dicha medida. Ahora bien, sabemos que hay algunos de ellos cumpliendo condena a cientos de kilómetros de su domicilio familiar²¹. De hecho, a día de hoy, dos de los centros penitenciarios más alejados de la península son los que acogen el mayor número de reclusos de la organización. Estos son los de Puerto de Santa María (Cádiz) y Murcia,

¹⁹ *Rodzevillo c. Ucrania* §85.

²⁰ FERNÁNDEZ CABRERA, M. "La política de dispersión de presos de ETA..."cit..

²¹ Así lo recoge la ONG Etxerat en su página web, en la que refleja que todavía hay cerca de 200 presos cumpliendo condena fuera del País Vasco cuya información se encuentra disponible en su página web <https://www.etxerat.eus/index.php/es/>

donde cumplen condena 18 y 11 miembros de la organización respectivamente. Por tanto, no es raro que en algunos de esos casos se den circunstancias que impidan o dificulten las visitas por parte de los allegados. De hecho, la ONG *Etixerart* (“a casa” en castellano) publica informes periódicos que reflejan los problemas que ocasiona para los familiares el alejamiento y recoge los numerosos accidentes de tráfico que han sufrido los familiares en las carreteras españolas cuando viajaban para cumplir con el régimen de visitas²², los perjuicios psicológicos y físicos para familiares ancianos, menores o con movilidad reducida, el coste personal y económico de los familiares, etc. En definitiva, dada la situación, era fácil suponer que en este primer nivel de análisis iba a servir para que se reconociera la existencia de una injerencia en el derecho fundamental.

Por lo que se refiere al segundo nivel, aquí el TEDH se tenía que plantear dos cuestiones, en primer lugar, si la medida vulneradora del derecho fundamental está “prevista en la ley” o es “respetuosa con el ordenamiento jurídico interno” y, en segundo lugar, si el Estado español persigue un objetivo legítimo al amparo del artículo 8.2 del CEDH.

El análisis sobre la calidad de la ley es un juicio previo que sirve para comprobar si la medida queda amparada en el ordenamiento jurídico de origen. Es decir, si respeta el principio de legalidad en los estándares europeos de previsibilidad y accesibilidad²³. No es un subnivel decisivo, pues se limita a una comprobación básica de que la injerencia está prevista en la ley y que ha funcionado adecuadamente el sistema de recursos judiciales establecido, pero en el caso de la política de dispersión resulta interesante, pues hay quien ha puesto de manifiesto que esta no encuentra acomodo en nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, en este sentido se ha pronunciado el magistrado de la Audiencia Nacional Ramón Sáez Valcárcel que, en un voto particular del auto de la Audiencia Nacional 199/2015 de 29 de octubre (ES.AN:2015:199A), declaró que “el alejamiento es una intervención administrativa en el régimen de vida del condenado a prisión que carece de cobertura en la ley”²⁴.

²² Cerca de 1.100 familiares y allegados de presas y presos vascos han resultado afectados o heridos de diversa consideración, en ocasiones muy graves, y 16 de ellos, han perdido la vida en accidentes durante su traslado para cumplir con el régimen de visitas. Dossiers disponibles para su consulta en la página web <http://www.etxerat.eus/index.php/es/>

²³ Sobre esta cuestión y a raíz, sobre todo, del caso *Inés del Río Prada c. España* 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”, 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; GARCÍA PÉREZ, O. “El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia”. *Indret*.(4),2018. Sobre cómo concibe el TEDH el principio de legalidad ver el profundo análisis de CORRECHER MIRA, J. *Principio de legalidad penal: ley formal vs «law in action»*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2018, pp. 533-598.

²⁴ En el mismo sentido que dicho voto particular me he pronunciado en FERNÁNDEZ CABRERA, M. “El Derecho a la vida familiar de los allegados de los presos. El caso Polyakova y otros c. Rusia

Según el voto particular de este magistrado no hay ninguna norma en la legislación penitenciaria que obligue a los condenados por terrorismo a cumplir sus penas de prisión alejados del domicilio familiar. Por el contrario, sí que hay normas que indican todo lo contrario, que la Administración penitenciaria no tiene libre arbitrio a la hora de distribuir a los condenados, pues esta debe respetar los límites establecidos en la ley que se orienta conforme al principio constitucional de reinserción social (artículo 25.2 CE). En este sentido, el magistrado trae a colación el artículo 12 de la Ley Penitenciaria, que establece que la Administración debe contar con suficientes centros para evitar el desarraigo social del penado o el artículo 3.3 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, que recoge entre sus principios rectores que “la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales...”. Además, existe normativa internacional que vincula a España que alude directamente a que el centro penitenciario de cumplimiento debe ser el más cercano al domicilio familiar²⁵ y reiterada jurisprudencia del TEDH.

Ahora bien, aunque había argumentos a favor de considerar que la política de dispersión no está prevista en el ordenamiento español, este nivel era muy difícil que se resolviese con un saldo favorable a los demandantes, pues hubiera exigido que el TEDH declarara, no solo que la medida de dispersión vulnera el principio de legalidad, sino que esta ilegalidad no ha sido corregida por los tribunales españoles. Y lo cierto es que el ordenamiento permite en supuestos excepcionales trasladar a los condenados a cumplir condenas a otros centros penitenciarios siempre que se justifique en el caso concreto. Por tanto, era difícil que en este primer estrato del segundo nivel estuviese la clave para acabar con la política de dispersión.

En el segundo estrato del segundo nivel el Tribunal se plantea si hay un motivo legítimo que justifique la política de dispersión al amparo del 8.2 CEDH. Los argumentos que fundamentan la política penitenciaria a día de hoy están recogidos claramente en el auto de la AN 199/2015, de 29 de octubre y son 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

(7.3.2017)”, en VV.AA. *La influencia de la jurisprudencia del TEDH en el derecho interno*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pp.197-226

²⁵ Así lo establece el artículo 17.1 de las Reglas Penitenciarias Europeas de 11 de enero de 2006, del Comité de Ministros del Consejo de Europa y el número 20 del Conjunto de Principios para la 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)

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.

6. Evitar la concentración de reclusos de ETA en determinadas cárceles, lo que perturbaría con frecuencia su seguridad.

Aunque salta a la vista que algunos de ellos son claramente cuestionables y difíciles de sostener en un escenario en el que la organización terrorista no presenta prácticamente ningún riesgo, como afirmé en su momento, era previsible que todos quedaran amparados en el artículo 8.2 CEDH. Evitar la excesiva concentración de presos de la misma organización, la resocialización de los presos que han rechazado la violencia o la dignidad de las víctimas contribuyen, según reiterada jurisprudencia europea, a “la defensa del orden y la prevención del delito” o a asegurar “la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Por ello, como afirmé en su momento, la legalidad de la política de dispersión se decidiría en el tercer escalón: el juicio de proporcionalidad.

Y en el tercer nivel era donde el TEDH debía condenar a España y afirmar que la política de dispersión no supera el juicio de proporcionalidad. Por lo que respecta a la pregunta relativa a si los motivos alegados por las autoridades penitenciarias “son suficientes o relevantes”, Estrasburgo debía responder, según su reiterada jurisprudencia que no, que son mera excusa. Cada una de las razones que ofrece instituciones penitenciarias para mantener vigente la política de dispersión se puede rebatir con argumentos específicos y así los rebato en un artículo publicado recientemente sobre el tema²⁶. Por eso, en las próximas líneas me centraré únicamente en refutar uno de ellos y ofreceré un argumento transversal a todos.

Impedir el contacto del preso con parientes y amigos para evitar que este siga vinculado de algún modo a la organización terrorista no puede ser un argumento “suficiente” o “relevante”. La dispersión dificulta los contactos y los hace más costosos, pero no los impide. De este modo el alejamiento no sería una medida idónea para la

²⁶ Para ello vid. FERNÁNDEZ CABRERA, M. “La política de dispersión de presos de ETA...”cit..

finalidad pretendida. Por el contrario, sí sería idóneo impedir a familiares y allegados del entorno de ETA acceder a las prisiones a visitar a los reclusos. Esta medida fue declarada proporcional por el TEDH en el contexto de la mafia italiana, en el que declaró que ciertas restricciones en el régimen de visitas familiares eran legítimas y respetuosas conforme al artículo 8 CEDH²⁷. Así, el órgano jurisdiccional europeo avaló un régimen especialmente restrictivo de los contactos con el objetivo de evitar que los presos mantuvieran sus posiciones de poder en la organización, intercambiaran información con otros presos y con el exterior y planearan la comisión de delitos tanto fuera como dentro de prisión. Ahora bien, insisto, si esta medida fue considerada proporcional es porque es idónea al fin perseguido y porque la organización criminal se encontraba activa en el momento en que dicha medida se implementó. Sin embargo, no se puede decir lo mismo del supuesto español.

Además, hay un argumento transversal que rebate todos los motivos alegados por instituciones penitenciarias. Las razones que la Administración ofrece justificaban la vigencia de la política de dispersión de presos cuando había riesgos de atentados terroristas. Sin embargo, desaparecida la amenaza, desaparece la necesidad de la medida excepcional que la motivó. Una medida vulneradora de derechos fundamentales solo se legitima en un contexto de violencia y de terror como el existente cuando la organización terrorista estaba activa. Por tanto, a día de hoy no se justifica esta política penitenciaria de excepción²⁸. En este sentido ha fallado el TEDH en numerosas sentencias, pues este insiste en que una medida excepcional y vulneradora de derechos solo puede mantenerse vigente mientras exista la necesidad que la motivó²⁹. Y, en este sentido, no debemos olvidar que hace siete años que la organización declaró el cese definitivo de su actividad armada y desde entonces no ha dejado de dar pasos firmes hasta su total desaparición el 3 de mayo de 2018.

Por lo que respecta a la segunda cuestión de este tercer nivel, el TEDH se tiene que plantear si el Estado a la hora de adoptar la medida tuvo en cuenta las circunstancias del caso concreto y las necesidades del preso en mantener vínculos familiares cuando

²⁷ casos *Messina c. Italia* (28.12.2000.), *Argenti c. Italia* (10.11.2005) y *Gallico c. Italia* (28.06.2005)

²⁸ En el mismo sentido ETXEBARRIA ZARRABEITIA, que afirma que “Ésta excepcionalidad no resulta justificada ni en razones de seguridad ni utilidad tratamental máxime cuando la organización terrorista está en trance de desaparición” ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. *Excepcionalidad antiterrorista en la acumulación y ejecución de las penas de prisión*. Tesis doctoral. Dirigida por Juan I. Echano Basaldúa. Universidad de Deusto. Facultad de derecho, 2015, pág. 592

²⁹ el caso *Khoroshenko c. Rusia* es un ejemplo, pues 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. pero que dichas restricciones, y especialmente la decisión de ampliarlas en el tiempo, deberán estar motivadas cuidadosamente debiendo cesar una vez deje de existir la necesidad que las motivó §123 y §124.

adoptó la decisión de asignarlo a un determinado centro penitenciario. Y aquí la respuesta por parte del Tribunal también debía ser negativa. El argumento, como apunté en su momento, es que es imposible hacer una valoración individualizada de la necesidad del preso en mantener vínculos y de sus circunstancias familiares, sociales, económicas, etc. cuando rige una norma general para una categoría de presos sin excepción. Es decir, cuando hay una norma que limita el derecho a la vida familiar para todos los presos condenados por terrorismo, difícilmente la administración penitenciaria puede atender a particularidades del caso concreto³⁰. Esto 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 necesaria³¹. Como expone el TEDH en el caso *Khoroshenko*, el margen de apreciación es inherentemente estrecho cuando existe una normativa general que regula la situación³². Así es imposible que las autoridades tengan en cuenta la salud de la familia del preso, la edad, la capacidad económica para poder trasladarse por la geografía española, etc. Buena prueba de ello es que 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 que a juicio del TEDH deben ser valoradas³³.

Por todo lo acabado de exponer, el TEDH debía llegar a la conclusión de que la política de dispersión es una medida innecesaria en una sociedad democrática y que, por tanto, vulnera el derecho a la vida familiar del preso previsto en el artículo 8 CEDH. Sin embargo, no es eso lo que ha hecho en la sentencia del caso *Fraile Iturralde c España*.

³⁰ En el mismo sentido, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, que considera que si en cada caso se tomara una decisión motivada e individual el juicio sobre la dispersión sería distinto. El problema es que con la firmeza de la primera sentencia condenatoria se produce la asignación a un centro penitenciario alejado del lugar de residencia sin más motivación que la naturaleza del delito. Como apunta este autor, es la excepción (el alejamiento), la decisión que debería justificarse. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. *Excepcionalidad antiterrorista...* pág. 401.

³¹ Caso *Khoroshenko* § 126; *Polyakova y otros c. Rusia* (7.03.2017) § 89.

³² 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://strasbourgobservers.com/2015/07/02/family-visits-for-life-prisoners-khoroshenko-v-russia/>

³³ Para poder disfrutar de un acercamiento 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. Estos criterios han sido cuestionados por separarse del concepto de resocialización constitucionalmente admitido. No debemos olvidar que este no implica otra cosa que un respeto futuro de las leyes penales.

4. LA RESPUESTA QUE EFECTIVAMENTE HA DADO EL TEDH A ESTA PROBLEMÁTICA EN LA SENTENCIA DE 7 MAYO DE 2019 SOBRE EL CASO FRAILE ITURRALDE C ESPAÑA

El TEDH se ha pronunciado en mayo de 2019 sobre la política de dispersión de presos y, en concreto, sobre el preso de ETA Jorge Fraile Iturralde que lleva cumpliendo una pena de prisión desde 1998 y que, cuando ETA ya había cesado en su actividad armada, es trasladado a cumplir condena a un centro penitenciario de Badajoz, a más de 700 kilómetros de su domicilio familiar en Durango (Vizcaya). En las siguientes líneas analizaré la respuesta del órgano jurisdiccional en los tres niveles del juicio de proporcionalidad.

Por lo que respecta al primero, el TEDH afirma que hay una injerencia en el derecho fundamental. Aunque no se detiene a motivar profundamente esta decisión, este acepta la queja del preso de la dificultad que supone para su esposa y su hija de 5 años desplazarse a Badajoz para cumplir con el régimen de visitas y que sus padres no pueden visitarlo debido a su avanzada edad y a su estado salud³⁴..

La constatación de esta injerencia estatal en el derecho fundamental exige comprobar en un segundo nivel si esta se encuentra justificada al amparo del artículo 8.2 CEDH. Como paso previo, el TEDH se plantea si la medida de dispersión es legal conforme al ordenamiento interno español. Como expuse en el epígrafe anterior, aunque había motivos para considerar que la política de dispersión no tiene base legal, era muy difícil que el saldo relativo a este estrato fuese favorable al preso demandante. En este punto, el Tribunal afirma que la política de dispersión es respetuosa con la ley interna por tres motivos: la decisión sobre la ubicación del demandante se adoptó de conformidad con el artículo 79 de la Ley General Penitenciaria y el artículo 31 del Reglamento Penitenciario (que establecen que las autoridades penitenciarias deciden el destino y traslado de los reclusos); que, ante la decisión de trasladarlo, el demandante tuvo la posibilidad de recurrir, no lo hizo y tampoco aportó justificación alguna para no hacerlo; y que en España la decisión sobre dónde ubicar a los presos se adopta atendiendo a las circunstancias del caso concreto³⁵. De este modo, afirma que la ley española “ofrece protección jurídica contra la injerencia arbitraria de las autoridades y prevé amplias salvaguardas para garantizar que las autoridades nacionales examinan los asuntos de forma individual basándose en criterios pertinentes”³⁶.

³⁴ *Fraile Iturralde c. España* §20.

³⁵ Esto es precisamente lo que rebatiré en el tercer nivel de análisis.

³⁶ *Fraile Iturralde c. España* §24.

Dicho esto, el TEDH comprueba si la injerencia en el derecho está justificada al amparo del artículo 8.2 CEDH. En el epígrafe anterior también adelanté que casi con total seguridad algunos o todos los argumentos que ofrece la Dirección General de Instituciones penitenciarias serían considerados legítimos. Y así ha sido, pues el Tribunal los acepta todos, incluso el de la dignidad de la víctima³⁷. El saldo positivo que arroja este nivel a las autoridades locales hace que el Tribunal deba llevar esta cuestión al tercero.

En el tercer nivel, el juicio de proporcionalidad, era esperable que el Tribunal fallara a favor del preso demandante. Sin embargo, hace justo lo contrario e inclina la balanza a favor del Estado español. Respecto a la primera cuestión, considera que los motivos alegados por las autoridades locales no son una mera excusa, sino suficientes o relevantes. Y, en este sentido Estrasburgo justifica su decisión, por un lado, en lo previamente afirmado por la AN de que “el traslado del demandante a una prisión más próxima a su familia habría reforzado sus vínculos con la organización terrorista ETA” así como el comportamiento problemático del recluso en la cárcel³⁸. Y, por otro, en argumentos que apoyan la política de dispersión en general para todos los presos condenados por terrorismo. Así, alude a la dignidad de las víctimas, “que se sentirían ofendidas si los terroristas condenados permanecieran en centros próximos a ellas” y a los problemas de seguridad que supuso en su momento la concentración de presos³⁹. De hecho, acaba afirmado: “El Tribunal considera que el objetivo de las autoridades españolas manteniendo al demandante en el Centro Penitenciario de Badajoz era garantizar la adecuada disciplina en las prisiones y aplicar su política con respecto a los reclusos de ETA”⁴⁰.

Respecto a la segunda cuestión relativa a si las autoridades penitenciarias hicieron una evaluación individual de las necesidades del preso en mantener vínculos sociales, el TEDH responde positivamente. Y en una declaración un poco contradictoria sostiene que las autoridades realizaron “una evaluación individual de su situación (la del preso) y de la política penitenciaria pertinente”. Y digo contradictoria porque, como afirmaré en el siguiente epígrafe, no hay nada más alejado de una evaluación individual que tener en consideración cuestiones que dependen de la propia organización terrorista

³⁷ El argumento de la dignidad de la víctima ha sido especialmente cuestionado por la doctrina porque parece configurar el derecho de la víctima como un derecho de venganza y no, como lo que tendría que ser, como un derecho a la verdad, a la reparación, a la memoria, etc. En este sentido, LANDA GOROSTIZA

³⁸ *Fraile Iturralde c. España* §26

³⁹ *Fraile Iturralde c. España* §26

⁴⁰ *Fraile Iturralde c. España* §26

(organización que ni si quiera se encuentra activa). Dicho esto, aquí el Tribunal mezcla argumentos individuales con otro de carácter colectivo.

Por lo que se refiere a los argumentos de carácter particular relativos a la situación del preso, el Tribunal considera que se ha hecho una evaluación de circunstancias concretas dado que el recluso ha mantenido contacto regular con toda su familia y amigos⁴¹. Ha recibido o enviado cartas regularmente (más de 100) y ha realizado diez llamadas telefónicas semanalmente (alrededor de 800 durante los dos años antes mencionado). Además, no hay prueba de que los viajes “hayan planteado problemas insuperables o particularmente difíciles” a los familiares. Tampoco el demandante ha demostrado cuándo fue la última vez que vio a sus padres. En definitiva, no ha afirmado recibir menos visitas a causa de la distancia⁴². Además, con un razonamiento un poco fuera de contexto, añade que el recluso no ha renunciado a la organización terrorista⁴³.

Por lo que se refiere a los argumentos de carácter general relativos a la situación de la organización terrorista en ese momento y a la fundamentación de la política penitenciaria para presos condenados por terrorismo, el Tribunal tiene en cuenta los fines tan loables con los que se concibió esta política y que ya han sido previamente mencionados (cortar los vínculos con la organización, que se aplica únicamente a los condenados por terrorismo, etc.), así como el hecho de que ETA no se había disuelto como organización terrorista en el momento que se decidió el traslado. De este modo, el Tribunal viene a aceptar lo alegado por la AN y pone el límite de la proporcionalidad en el momento de la disolución de la organización⁴⁴.

En definitiva, teniendo en cuenta la escasa afección de los vínculos familiares del caso concreto y los objetivos tan legítimos perseguidos por el Estado español con la política penitenciaria la medida se considera proporcional y necesaria en un estado democrático⁴⁵.

⁴¹ La sentencia recoge que “En especial, en los últimos dos años ha disfrutado de visitas frecuentes de su familia (tres visitas mensuales por término medio de familiares y amigos; una visita conyugal mensual de su esposa; una visita familiar mensual de su esposa, hija, hermanos y otros miembros de la familia; y al menos una visita de cohabitación cada tres meses de su esposa e hija). También ha recibido o enviado cartas regularmente (más de 100) y ha realizado diez llamadas telefónicas semanalmente (alrededor de 800 durante los dos años antes mencionado). El expediente también muestra que el demandante disfrutó de un permiso penitenciario «extraordinario» cuando su esposa dio a luz en febrero de 2011”. *Fraile Iturralde c. España* §29

⁴² *Fraile Iturralde c. España* §30

⁴³ *Fraile Iturralde c. España* §31

⁴⁴ Por eso, afirma que cuando tiene lugar el traslado “no se había producido el cese de la actividad armada pero la organización terrorista no se había disuelto, no había entregado las armas ni había abandonado completamente sus acciones, lo que se produce el 3 de mayo de 2018”. *Fraile Iturralde c. España* §31

⁴⁵ *Fraile Iturralde c. España* §31

5. CRÍTICA A LA SENTENCIA

La sentencia emplea argumentos que son cuestionables y que la alejan considerablemente de la doctrina jurisprudencial que había establecido el TEDH sobre el derecho a la vida familiar de los reclusos hasta el momento. Sin embargo, a pesar del fallo, lo cierto es que hay aspectos que podrían servir para que las autoridades españolas se decidan a dar por finalizada dicha medida penitenciaria.

5.1. Contradicciones con la jurisprudencia consolidada

Los razonamientos del TEDH más discutibles se dan en el tercer nivel de análisis pues, como he expuesto anteriormente, los resultados de los dos niveles previos eran relativamente esperables⁴⁶.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el TEDH afirma en su sentencia que los argumentos del Estado español para mantener vigente el alejamiento son “suficientes o relevantes”. Afirmar esto en el tercer nivel implica que el TEDH considera reales los argumentos esgrimidos por las autoridades estatales y no como una “mera excusa”. Por tanto, es aquí donde considero que el Tribunal se contradice con su propia doctrina. Como expuse en el epígrafe anterior ninguna de las razones ofrecidas por instituciones penitenciarias debería ser considerados como “suficiente” o “relevante” en el momento actual. Así, cortar los vínculos con los allegados del entorno de ETA o evitar los riesgos derivados de la concentración de presos de la organización en determinadas cárceles no son razones legítimas cuando existe un riesgo mínimo, casi inexistente⁴⁷, de atentados terroristas. Todos los motivos que en su momento justificaron la política de dispersión dejan de tener validez cuando la organización anuncia el cese definitivo de su actividad armada. Cuando desaparece la violencia, cesa el riesgo y debe cesar la medida excepcional que la motivó, pues de lo contrario esta torna en arbitraria. Es cierto que ETA no había anunciado su desarme, ni su disolución, pero tener que esperar hasta la absoluta disolución para poder considerar calificar como medida de innecesaria, a mi juicio, es desproporcional⁴⁸.

⁴⁶ No obstante, respecto al segundo nivel se podría hacer algún apunte y es que la afirmación que hace el TEDH de que la política de dispersión de presos encuentra pleno anclaje en el ordenamiento jurídico español ha sido rebatida con razonamientos muy serios. Vid. FERNÁNDEZ CABRERA, M. “El Derecho a la vida familiar de los allegados...” cit. págs. 220 y ss.

⁴⁷ En el mismo sentido ETXEBARRIA ZARRABEITIA, quien afirma que desde el 20 de octubre de 2011 la peligrosidad objetiva ha disminuido casi al completo ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. *Excepcionalidad antiterrorista...* pág. 587.

⁴⁸ Como señala 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

No obstante, donde creo que el TEDH ofrece los razonamientos más contradictorios es en el momento en el que analiza si realmente las autoridades penitenciarias hicieron una valoración individualizada de las necesidades del preso en mantener vínculos sociales. Para afirmar que las instituciones penitenciarias españolas hicieron una evaluación del caso concreto, como ya he apuntado, el TEDH alude a dos tipos de razonamientos: particulares (relativos al preso concreto) y genéricos (relativos a la situación de la organización terrorista o de la política penitenciaria en general). Entre los primeros, como ya he apuntado, afirma que el preso ha mantenido suficientes contactos y que “No hay pruebas de que los viajes que tuvieron que realizar sus familiares cercanos hayan planteado problemas insuperables o particularmente difíciles” o que el preso “no ha afirmado haber recibido menos visitas de amigos y miembros de la familia de las que habría recibido si hubiera estado más cerca de su residencia familiar”⁴⁹.

Aunque supone un análisis del caso concreto, a mi juicio, este razonamiento es erróneo por el momento del juicio de proporcionalidad en el que se lleva a cabo (como segunda cuestión del tercer nivel). El asunto relativo a si los presos reciben visitas, en qué medida, así como el tipo de contactos con el mundo exterior que estos mantienen... se aborda no en la tercera fase del juicio de proporcionalidad, sino en la primera, en la destinada a comprobar la existencia de una injerencia en el derecho fundamental. Si efectivamente el alejamiento del preso no ha dado lugar a un menor número de visitas o a que los viajes hayan resultado especialmente difíciles, en realidad, el TEDH debería haber afirmado en el primer nivel que no hay una injerencia en el derecho fundamental superior al hecho de estar condenado una pena de prisión. Y aquí debería haber dado por concluido su análisis del caso y haber dado la razón al Estado español. Sin embargo, resulta contradictorio que en el primer estrato afirme que sí existe dicha injerencia y que en el tercero la niegue. Buen ejemplo de esta contradicción es que en el primer nivel constata el menoscabo del derecho precisamente porque los progenitores del preso “no pueden visitarle en la cárcel debido a su avanzada edad y por motivos de salud” y en el tercero la niega declarando que “el demandante no ha demostrado cuándo fue la última vez que vio a sus padres”. Así, si no había pruebas suficientes de que el alejamiento ha afectado al mantenimiento de vínculos con el exterior, insisto, el Tribunal tendría que

debe prolongarse mientras se mantenga vigente el riesgo. 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.

⁴⁹ *Fraile Iturralde c. España* §30

haber denegado la existencia de una injerencia en el derecho fundamental desde el principio.

Dicho esto, si el TEDH responde a una pregunta que no era objeto de este tercer nivel, eso significa que no aborda la verdadera cuestión. Si el Tribunal se hubiera planteado realmente si las autoridades estatales hicieron una valoración de las necesidades del preso en mantener vínculos sociales (valorando datos como la salud y edad de los familiares, sus limitaciones presupuestarias, los kilómetros entre domicilio familiar y centro penitenciario, la situación de la red de transportes, etc.) tendría que haber respondido que no, que estas no realizaron dicha tarea. No hay datos en la sentencia que revelen que se ha hecho este análisis. Además, tal y como apunté en una publicación reciente, es difícil 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, el margen de decisión de las autoridades penitenciarias españolas es estrecho o, mejor dicho, inexistente cuando hay una norma general que obliga a los presos condenados por terrorismo a cumplir su pena de prisión alejados del domicilio familiar. Así, la obligatoriedad de la dispersión impide que las autoridades adopten la decisión del centro penitenciario al que asignar al preso teniendo en cuenta los datos del caso concreto acabados de mencionar y que Estrasburgo considera importantes.

Además de ponderar las circunstancias concretas que rodean al recluso, el TEDH fundamenta su decisión en cuestiones de carácter colectivo, relativas a la situación en la que se encuentra la organización terrorista. El Tribunal considera que se valoraron las necesidades del preso en mantener vínculos sociales por el hecho de que instituciones penitenciarias tomaron en consideración que la organización terrorista había cesado en su actividad armada pero no se había disuelto. Con este razonamiento se aparta del criterio individualizador del caso concreto que había seguido hasta el momento y admite como válidos razonamientos que no dependen del propio preso⁵⁰. Valorar el estado de la organización terrorista en el momento del traslado supone evaluar hechos ajenos a la responsabilidad y a la voluntad del propio individuo, lo que hasta esta sentencia no se había producido.

⁵⁰ Es un poco contradictorio que la decisión de la organización terrorista sobre el cese definitivo de la actividad armada no haya supuesto ningún tipo de beneficio para los presos que sufren el alejamiento y que, por el contrario, se pueda utilizar como aspecto para denegar un traslado. Como vemos, la situación en la que se encuentra la organización terrorista parece ser un razonamiento que siempre perjudica pero que no beneficia a los presos concretos.

Por otro lado, este análisis del caso concreto también debería ser ajeno a si el preso se ha desvinculado o no de la organización terrorista⁵¹. Aunque esta cuestión si depende del propio recluso, como ha puesto de manifiesto el TEDH, la necesidad de mantener vínculos familiares es inherente a todo tipo de presos, incluso para aquellos condenados a penas de prisión muy largas (caso *Khoroshenko*), lo que debería trasladarse extensivamente también a aquellos condenados por terrorismo. Además, sólo aplicar la normalidad penitenciaria cuando se ha producido el rechazo a la organización es una cuestión que ha sido criticada por la doctrina porque se condiciona a un análisis sobre las actitudes internas del preso que son ajenas a razones resocializadoras o treatmentales⁵². Y, como apunta GARRO CARRERA, implica presumir con carácter general y contra reo que todo condenado que no haya manifestado públicamente su voluntad de apartarse de dicha organización continúa estrechamente vinculado a esta⁵³.

En definitiva, el TEDH comete dos errores. El primero es que valora cuestiones ajenas al caso concreto o, mejor dicho, que no dependen del propio sujeto, como es la situación en la que se encuentra la organización terrorista. Y el segundo, es que pondera aspectos que, aunque relativos al caso concreto, no son aquellos que hasta el momento había considerado relevantes el TEDH (situación económica y personal de los familiares, la distancia en kilómetros entre el centro penitenciario y el domicilio...). Entre estos se encuentran cuestiones que no tendrían que ser objeto de análisis en este tercer nivel (como las relativas a si el preso ha mantenido suficiente contacto con sus familiares) u otras que hasta ahora no habían jugado ningún papel (como que el preso no haya rechazado públicamente a la organización terrorista a la que pertenece).

5.2. Aspectos positivos de la sentencia

⁵¹ De hecho, es un argumento que carece de sentido pues si el preso hubiera rechazado públicamente a la organización habría podido beneficiarse de la vía Nanclares y habría sido acercado a su domicilio. Los presos que ha rechazado públicamente a la organización no se encuentran afectados por el alejamiento.

⁵² GARRO GANDARA expone las consecuencias de que a nivel penitenciario con los presos de ETA se estén combinando aspectos de justicia ordinaria con otros de justicia transicional que, precisamente, tienden a exigir el arrepentimiento, la reparación del daño, el rechazo de la organización etc. Esta autora señala que los elementos de la justicia transicional están pensados para aquellos responsables de determinados delitos que por circunstancias no han respondido ante la justicia, pero no para aquellos casos en los que los responsables están pagando con creces su deuda con la justicia. GARRO CARRERA, E. "Tercer grado y libertad condicional por delitos de terrorismo: una mirada desde la libertad ideológica y el derecho a no inculparse. La gestión penitenciaria del final de ETA". *Revista General de Derecho Penal*, nº 28 (2017), pp.1-64. También crítico con este tipo de requisitos, que también se exigen para acceder al tercer grado y a los permisos penitenciarios. ETXEBARRIA ZARRABEITIA "Además de un error estratégico (...) constituye a mi juicio una evidencia clara de ilegalidad", ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. *Excepcionalidad antiterrorista...* pág. 403.

⁵³ GARRO CARRERA, E. "Tercer grado y libertad condicional..."cit. pág. 30.

A pesar de que la sentencia se contradice con la reiterada jurisprudencia del propio tribunal, falla en contra de los demandantes y, por consiguiente, no va a servir revertir el alejamiento que sufren todavía cerca de 200 presos de la organización terrorista ETA, del pronunciamiento se puede extraer algún aspecto positivo. De una lectura sosegada se deduce que, a partir del 3 mayo de 2018 (fecha en la que ETA anuncia su disolución), la política de dispersión podría ser considerada como una medida ilegítima y desproporcionada, pues deja de existir la causa que la motivó. A partir de ese momento no estaría justificada esta medida excepcional y vulneradora de derechos. Y así lo insinúa la sentencia cuando dice que “el Tribunal observa que los tribunales nacionales contemplaron la política penitenciaria teniendo en cuenta las circunstancias del momento, a saber, que ETA no se había disuelto, no había entregado las armas ni había abandonado completamente sus acciones, ya que el desmantelamiento completo de todas sus estructuras fue anunciado mediante una declaración el 3 de mayo de 2018. A este respecto, este Tribunal tiene en cuenta los cambios en la política penitenciaria derivados del cese de las actividades armadas de ETA -como señaló la Audiencia Nacional (véase el apartado 5 supra)- y la evaluación continua por parte de las autoridades de la evolución posterior a este respecto⁵⁴”. De este modo, Estrasburgo realiza un “aviso a navegantes” y sugiere que si ha considerado la medida de dispersión como proporcional ha sido por el contexto en el que tuvo lugar el traslado pero que su respuesta podría ser diferente tras el final de la organización terrorista.

6. CONCLUSIONES

Una vez agotada la vía europea, la única opción que tienen los presos de ETA para aproximarse al País Vasco y cumplir sus condenas cerca de su entorno familiar es que el Estado español *motu proprio* revoque esta medida penitenciaria de excepción⁵⁵. Esta decisión va a depender de la lectura que hagan las autoridades españolas de esta sentencia.

Si el Estado español hace una lectura superficial del pronunciamiento podrá interpretarla como un aval del TEDH a la política de dispersión. Atendiendo únicamente al contenido del fallo, se puede decir que la política penitenciaria es conforme a la

⁵⁴ *Fraile Iturralde c. España* §31”

⁵⁵ Para conocer la cronología del final de ETA detalladamente ver la noticia “Cronología: Del fin de la violencia a la disolución de ETA” de 3 de mayo de 2018 publicada en *Eitb.eus* disponible en línea en: <https://www.eitb.eus/es/noticias/politica/detalle/4711776/cronologia-fin-eta-fechas-clave-ultima-etapa-historia-eta/>.

legalidad europea⁵⁶. Es más, una interpretación errónea de este pronunciamiento podría dar lugar a que el Gobierno, que ya había manifestado su intención de acabar con la política de dispersión de presos, no lo haga porque “el TEDH la ha declarado conforme al CEDH”. De modo que una medida que tenía los días contados, podría durar más tiempo del previsto si las autoridades españolas consideran que ha habido un respaldo por parte del TEDH⁵⁷. Esto supondría una regresión en la protección de un derecho fundamental similar al denominado efecto *backsliding*⁵⁸.

En cambio, una la lectura sensata de la sentencia implicaría la interpretación contraria. El pronunciamiento es un aviso al Estado español. Este ha sido favorable al Estado por el mero hecho de que la decisión del traslado del preso a Badajoz se adoptó cuando ETA había anunciado el cese definitivo de su actividad armada pero no su disolución. Sin embargo, tras el fin de la organización terrorista la dispersión podría ser considerada como una medida no necesaria en una sociedad democrática y, por tanto, contraria al CEDH.

⁵⁶ Así lo ha afirmado la propia prensa tras la publicación de la sentencia. Vid. El artículo del diario ABC del día 28/5/2019 titulado “Estrasburgo falla que la política de dispersión de etarras «está justificada y amparada por la ley»“. Disponible en línea en https://www.abc.es/espana/abci-estrasburgo-falla-politica-dispersion-etarras-esta-justificada-y-amparada-ley-201905281056_noticia.html

⁵⁷ El ministro del interior Grande Marlaska afirmó que la dispersión de los presos de ETA constituía un “instrumento más de la lucha antiterrorista” y que la disolución de la organización hace necesario “adaptar” esa política penitenciaria. noticia del 18 de enero de 2019 del periódico *El Diario* titulada “Víctimas del terrorismo muestran su inquietud tras hablar Marlaska del fin de la dispersión de presos de ETA” disponible en línea en: https://www.eldiario.es/politica/Victimas-terrorismo-Marlaska-dispersion-ETA_0_858464887.html.

⁵⁸ Este riesgo es similar al fenómeno que se ha denominado como *backsliding* o “regresión” y que supone una minoración de la protección interna de un derecho fundamental como un efecto colateral a la protección de “mínimos” establecida por los convenios internacionales sobre Derechos Humanos. Sobre esta cuestión en la literatura española vid. RODRÍGUEZ, A. “La mayor protección interna de la Convención europea de Derechos humanos y el impacto del margen de apreciación nacional”. *Revista de Derecho Político*, n.º 93, mayo-agosto 2015, págs. 75-102. SÁNCHEZ-MOLINA, P. “El margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al derecho a elecciones libres”, en *Estudios de Deusto* vol. 62/1, 2014, págs. 371-389. En la literatura anglosajona vid. GUZMAN, A.T. y LINOS, K. “Human Rights Backsliding”, en *California Law Review* 102, 2014, págs. 603-654.