



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.
San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989.

II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras

• Enrique Múgica Herzog. "Conferencia de Apertura"	13
• Alfonso Aya Onsalo. "La defensa jurídica del interno en centro penitenciario"	19
• J. Antonio García Andrade. "Existen alternativas a la prisión"	29
• Santiago Mir Puig. "¿Qué queda en pie de la resocialización?"	35
• Heriberto Asencio Cantisan. "El sistema de sanciones en la Legislación penitenciaria"	43
• J. L. de la Cuesta Arzamendi. "La relación régimen penitenciario - resocialización"	59
• Luis Garrido Guzmán. "Los permisos de salida en el ordenamiento penitenciario"	65
• Lorenzo Morillas Cueva. "Algunas precisiones sobre el régimen penitenciario"	79
• Francisco Bueno Arús. "¿Tratamiento?"	89
• Borja Mapelli Caffarena. "La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario"	99
• Elena Pérez Fernández. "Intervención en los centros penitenciarios de Catalunya"	113
• Robert Cario. "Femmes et prison"	127
• Reynald Ottenhof. "Les femmes et la prison"	141
• "Acto de entrega del Libro Homenaje al Prof. Beristain"	145
• Antonio Beristain. "Aportación de los Institutos de Criminología a las Instituciones penitenciarias"	161
• Francisco Muñoz Conde. "La prisión en el estado social y democrático de derecho"	165
• Enrique Ruiz Vadillo. "Estado actual de la Justicia penal (Su necesaria y urgente reforma)"	173
• José Ignacio García Ramos. "Coordinación penitenciaria"	185
• Günter Blau. "Las competencias penitenciarias de los estados de la R. F. Alemana"	189
• Joaquín Giménez García. "Coordinación penitenciaria"	199
• J. J. Hernández Moreno. "La Coordinación entre las administraciones penitenciarias"	205
• Tony Peters. "Internamiento en prisión en Europa: Datos y comentarios a partir del ejemplo de la política penal y penitenciaria belga"	211
• Tony Peters. "Justicia penal y bienestar social en Bélgica"	221
• I. Murua, J. Ramón Guevara, T. Peters. "Acto solemne de clausura"	235
• A. Maeso Ventureira. "II. Eusko - Nafar Presondegi Ihardunaldiak"	243
• Christian Debuyst. "Perspectives cliniques en criminologie. Le choix d'une orientation"	251
• Luz Muñoz González. "La criminología radical, la nueva y la crítica"	267
• Andrzej Wasek. "Die Strafrechtsreform in Polen"	283

LA CRISIS DE NUESTRO MODELO LEGAL DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Borja MAPELLI CAFFARENA

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Sevilla*

I. INTRODUCCION

Se celebra este año el décimo aniversario de la entrada en vigor de nuestra Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP). Esta coincidencia cronológica hace apropiado proceder a una serie de reflexiones sobre uno de sus aspectos más novedosos y, también, más discutido y discutible como es el tratamiento.

La LOGP es sin duda uno de los acontecimientos más importantes que se han originado en el panorama penal y penitenciario en los últimos cincuenta años. Con su entrada en vigor y con la reiterada frustración de los Proyectos y Anteproyectos de Código penal de 1980 y 1983 se demuestra la mayor capacidad de reforma y adaptación de la normativa penitenciaria a los cambios sociales y políticos. Pese a las dificultades de todo tipo que vivió nuestro país entonces, la LOGP supo hacerse eco de una nueva concepción de la ejecución de la pena privativa de libertad. España se incorporaba así, aunque con cierta precipitación al intenso movimiento legislativo que paralelamente se estaba produciendo en Europa. En donde cabe destacar además de la aprobación por el Consejo de Europa de las Normas mínimas para el Tratamiento del delincuente en 1973, la ley italiana de 1975 y la alemana de 1977.

“La sanción de privación de libertad, señala con un irresistible optimismo y pecando de cierta ingenuidad la Exposición de Motivos de la LOGP, se concibe como

tratamiento, esto es, como actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y la reinserción social de los penados mediante la utilización de métodos científicos adecuados". Esta identificación que después vuelve a corroborarse a través de algunos preceptos de la legislación introduce un factor de excesiva subjetivización en el marco de la ejecución. Factor que como luego trataremos de demostrar hace perder virtualidad a la necesidad de contar en todo momento con el consentimiento del interno para llevar a cabo un programa terapéutico. La Ley debe evitar y no potenciar que el interno se someta a éste con el fin de no perder una serie de beneficios penitenciarios ya que como se ha demostrado con abundante referencia empírica cuando el penado sólo se ve impulsado a colaborar con el fin de mejorar su condición penitenciaria la labor resocializadora generalmente termina fracasando.

El tratamiento ofrece, sin embargo, junto con otros institutos jurídico-penitenciarios la posibilidad de concebir la ejecución como un proceso. En efecto, el sistema y la organización de la fase ejecutiva de la pena forman el marco estructural dentro del cual tiene lugar un suceso en la vida de una persona. Este proceso se inicia formalmente con el ingreso del sujeto como penado y formalmente acaba con el momento en que abandona el establecimiento. Sin embargo, desde una perspectiva material existe una fase previa en la que puede llegar a considerarse incluso el propio proceso penal y una fase posterior durante la cual el sujeto se encuentra en cualquiera de las modalidades de libertad condicionada bajo el control de los órganos de asistencia postpenitenciaria. En el desarrollo de este proceso tiene un peso muy destacado la interacción social entre la institución, el personal y los internos. Esta se encuentra regulada en los numerosos aspectos del Derecho penitenciario y difiere poco de los procesos interactivos que se originan en la sociedad libre. En otra época este proceso era sustituido por unas fases rígidas diferenciadas exclusivamente por el tiempo penitenciario. Hoy, concebida la ejecución penitenciaria como un campo de aprendizaje social, aun cuando de manera residual siguen vigentes normas antinómicas de épocas anteriores, se tiende a una mayor fluidez.

El tratamiento, como el trabajo, la formación y otras instituciones tienen precisamente la misión de favorecer esa fluidez y permitir que en el momento de la liberación el interno pueda incorporarse nuevamente a la sociedad con el menor número de problemas y tensiones.

De todo lo anterior se desprende a nuestro juicio las posibilidades de recuperar una cierta esperanza frente a la crisis irreversible de la ideología resocializadora de los años setenta y ochenta. Las reiteradas críticas, unas de perfil ideológico y otras por los escasos resultados positivos de la resocialización, plantearon unas perspectivas puramente custodiales para la pena privativa de libertad. Un exponente de este resurgimiento de la prisión como sanción se demuestra en la doctrina escandinava del *new crime control policy* y en la anglosajona de *justice modal*.

El renovado interés por la retribución en USA encuentra su fundamento inmediato en la crítica al poder casi ilimitado de los órganos penitenciarios o judiciales no sólo para elegir la respuesta sancionatoria al delito en el caso concreto (*sentencing*) sino también para "perdonar" al condenado en base a la evaluación del éxito

del tratamiento mediante la *parole board*. La individualización con fines reeducativos había conducido a la estrategia punitiva a una generalizada falta de homogeneidad en las modalidades y en los criterios con los que se afrontaban situaciones exteriormente análogas.

La crítica a este estado de cosas ha encontrado su soporte ideológico al inicio de los años setenta con el surgimiento de una autorizada corriente de pensamiento representada por la clásica *Theory of Justice* de Rawls, la cual pretende una reconstrucción en clave rígidamente distributiva del concepto de justicia bajo el presupuesto de una concepción puramente contractual de la organización social. Aunque Rawls no se preocupa específicamente por la cuestión penal, de su obra se deriva una justicia formal al margen de cualquier pretensión utilitaria, que puede sintetizarse en la máxima según la cual lo igual debe tratarse de modo similar, con lo cual la autoridad judicial pierde cualquier ámbito de discrecionalidad.

La construcción de Rawls expresa el *background* cultural en el que se inserta la dimensión custodial y pretendidamente garantística del neoclasicismo americano. La afirmación de esta tendencia en la opinión pública americana se manifiesta con publicaciones como el informe *Struggle for Justice* de 1971 sobre la situación penitenciaria en este país. Más que un verdadero documento del que se desprendan determinadas estrategias, se trata de una denuncia de la injusticia y discriminación que representaba según sus autores la configuración de la sanción como un tratamiento favorable al reo. En el informe referido se reclama la eliminación de la justicia penal de toda discrecionalidad o indeterminación en la ejecución penitenciaria con el consiguiente retorno a los planteamientos rígidos y custodiales.

Esta tendencia se ve posteriormente reforzada por autores como Morris, Tonry, Radzinowicz-Hood, etc.

Un segundo polo del resurgimiento del neo-clasicismo penal surge en los países escandinavos, que no se funda como en el caso americano en la preocupación por la dispersión de los poderes de discrecionalidad del Juez y los órganos penitenciarios, ni por el resurgir de fuertes presiones represivas de naturaleza emotiva en el contexto social, sino por un renovado interés por la retribución a partir de la crisis de los modelos terapéuticos, del enorme costo de éstos y sus escasos resultados positivos.

El carácter racional y finalísticamente orientado de la inversión de planteamientos en la política-penal escandinava frente al contenido más ideológico en el caso americano no ha impedido una enorme coincidencia que ha provocado una importante alteración en el panorama político-criminal y que se detecta por un cambio en los discursos oficiales sustituyendo la idea de la prevención especial positiva entendida ésta como resocialización o reeducación por una prevención especial negativa como simple inocuización o neutralización del penado.

Frente a todo este movimiento, a nuestro juicio, surge la necesidad de adquirir un compromiso con una corriente de pensamiento empeñada en la labor de formular críticamente los fines de la ejecución de la pena de prisión, procurando que ésta no sirva como una coartada de dispersión y reforzamiento de la misma, sino que

favorezcan una pena de menos lesividad para el condenado dentro de una estrategia reduccionista.

Esta perspectiva puede acogerse en el marco de nuestro derecho penitenciario positivo a partir de la idea de la reinserción social entendida como un proceso por medio del cual se remueven los obstáculos que impiden la participación del individuo en la vida social, cultural y política y a la vez se promueve el libre desarrollo de su personalidad. La LOGP y el RP no se inspiran en esta concepción general, sino más bien se encuentra anclada en una visión profundamente ideologizada y etizante de tratamiento en combinación con ciertos aspectos regresivos y rígidos de épocas anteriores que no han sabido superarse por el legislador.

Es pues conveniente reconsiderar si quizás este décimo aniversario no es un buen momento para abordar una reforma en profundidad de la LOGP a la vista de las modificaciones político-criminales y político-penitenciarias.

En este trabajo vamos a plantear de forma resumida cuáles son las notas generales que caracterizan la institución del tratamiento y que en gran medida lo convierten en una regulación *sui generis* desde las perspectivas del Derecho comparado. Pero estas particularidades específicas no son, como pensaron en su momento sus redactores, el resultado de incorporar los planteamientos más modernos (piénsese, por ej., en la individualización científica) sino que se deben a un temor a introducir un modelo alternativo distinto y en consecuencia a mantener aspectos residuales del pasado, todo lo cual lo convierte en un sistema híbrido y contradictorio.

II. EL MODELO DE TRATAMIENTO DE NUESTRA LEGISLACION POSITIVA

El tratamiento según la propia LOGP consiste “en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados” (Art. 59.1). De esta primera aproximación a partir de la legislación positiva podemos extraer algunas notas características del modo en que el tratamiento se concibe.

El tratamiento se encuentra directamente relacionado con las metas resocializadoras y en esto coincide como vimos con la orientación de la propia ejecución de la pena privativa de libertad, si bien la partícula *directamente* parece dejar claro que no toda actividad penitenciaria dirigida a dichas metas forma parte de éste. De manera que ni el trabajo ni la formación son tratamiento, lo que no quiere decir que determinadas ocupaciones de una y otra naturaleza no constituyan elementos imprescindibles para la actividad tratamental. Así pues, desde un principio debe quedar claro que entendemos por tratamiento las actividades que en un sentido estricto se orientan hacia la resocialización a partir de las investigaciones de los técnicos y dentro de una estrategia y planificación general.

Esta concepción restringida de tratamiento introduce un punto de clarificación en una materia confusamente regulada por la LOGP. Como veremos más adelante, todas aquellas consecuencias penitenciarias que se hagan depender de la buena marcha del tratamiento hacen referencia exclusiva a la valoración de las actividades

propriadamente terapéuticas y, por tanto, este criterio no podrá esgrimirse cuando con relación a un penado no se practique ningún tipo de terapia. Por otra parte, la concepción restringida evita la confusión con otras instituciones y, en última instancia, con la propia ejecución como parece desprenderse de algunos preceptos y de la Exposición de Motivos de la Ley que antes hemos recogido. En efecto, la voluntad del legislador es la de convertir la ejecución en un modelo de tratamiento. Al margen de las dificultades materiales que ello plantea, semejante identificación es ya desaconsejable por el carácter impositivo de la ejecución y potestativo del tratamiento.

El tratamiento tiene como fines la reinserción social y la reeducación, sin embargo, y en este sentido ya hemos afirmado su coincidencia con la orientación general de las instituciones penitenciarias. Pero el legislador ha estimado oportuno concretar el significado de estas expresiones. La cuestión resulta sumamente delicada, ya que no es fácil determinar en un plano normativo qué ha de entenderse por la resocialización, que constituye un proceso que comienza y acaba con la propia vida de los individuos. Tratar de normativizar el contenido de los fines resocializadores no es posible ni tan siquiera en sus aspectos fundamentales. Por estas razones, aunque la voluntad inicial del legislador pudiera ser positiva, por lo que significa de concreción y de respeto a los principios de seguridad jurídica, el resultado se encontraba ya condenado al fracaso. Y así sucedió. La redacción del Art. 59.2 LOGP donde se aborda esta cuestión no puede ser más desafortunada, tal como ha puesto de relieve prácticamente toda la doctrina.

Según este precepto "el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a la familia, al prójimo y a la sociedad en general". Quienes han defendido esta redacción apuntan que se trata de un contenido mínimo adaptado a las Reglas Mínimas del tratamiento de los reclusos del Consejo de Europa y que en última instancia, el sujeto se encuentra preservado en su intimidad al reconocer la legislación que no podrán aplicársele programas terapéuticos si previamente no se cuenta con su colaboración. Más adelante estudiaremos hasta qué punto la LOGP ofrece garantía de que el consentimiento obtenido es un consentimiento libre sin estar mediatizado por la propia ejecución penitenciaria y por la posibilidad de hacerse acreedor de ciertos beneficios. Ahora analizaremos si, aun mediando un consentimiento libre puede el Estado incidir en las convicciones íntimas de la persona para alcanzar esos fines.

El tema se ha planteado igualmente en el derecho comparado y en concreto en la doctrina alemana al enfrentarse con el par. 2 de la Ley penitenciaria en el que se señala que la misión de la ejecución de la pena es hacer capaz al condenado para llevar en el futuro una vida sin delitos "con responsabilidad social". Al hilo de esta redacción se ha criticado cómo pretender que los sujetos actúen con responsabilidad social va más allá de lo que se conoce por programa resocializador mínimo, es decir, aquél que aspira únicamente a evitar que el sujeto vuelva a delinquir, que sería el único programa adecuado a los derechos fundamentales del penado como persona, que en absoluto le son restringidos por el sometimiento a prisión. En este

sentido se ha rechazado también mayoritariamente la teoría de la especial relación de sujeción del penado con relación a la Administración por considerarse precisamente lesiva a sus derechos como persona.

Con expresiones semejantes se están abriendo ventanas peligrosas a ciertas actividades terapéuticas de dominio y sometimiento por su falta de concreción. Los mismos argumentos incluso redoblados pueden esgrimirse frente a nuestro Art. 59.2. Aunque no puede desconocerse que en la legislación alemana se está haciendo mención nada menos que al contenido de toda la ejecución, mientras que el Art. 59.2 se reduce a los fines del tratamiento, tampoco debe pasarse por alto la circunstancia de que la voluntad de nuestro legislador es en numerosas ocasiones la de confundir régimen y tratamiento y mediante este círculo el contenido de las expresiones de reeducación y reinserción social de los Arts. 1 de la LOGP y el RP pueden interpretarse en el mismo sentido. Plantear en el marco penitenciario como meta un comportamiento responsable del individuo con su familia, el prójimo o la sociedad es sencillamente tratar de inculcarle actitudes ético-sociales que van más allá del fin del sistema penal de preservar los bienes jurídicos protegidos. Baste con recordar la disminución que se está produciendo en los delitos por medio de los cuales se protegen las relaciones familiares precisamente por entenderse que ello no corresponde al Derecho penal, mucho menos, pues, se comprende que el tratamiento penitenciario deba procurar la responsabilidad frente a la familia y ni siquiera “subvenir a sus necesidades” aunque medie el consentimiento.

Efectivamente, según establece el Art. 61.1, en el interno se fomentará la participación en las actividades terapéuticas y “serán estimulados en cuanto sea posible el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento”. El referido precepto no muestra la claridad en su redacción que sería deseable en un tema de tanta trascendencia como es el del consentimiento del penado en el tratamiento. Mayor confusión se ofrece puestos en relación con el Art. 4.2 dentro del cual se regulan los deberes de los internos y en cuyo segundo apartado, sin la diferenciación necesaria respecto del tema de los deberes, se dice que “se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado”.

Pese a las dificultades de estos preceptos, la doctrina unánimemente considera que la propia naturaleza del tratamiento por la particularidad de sus fines hace inimaginable su realización sin contar con el consentimiento del interesado. E incluso —y ésto sí aparece claro en la LOGP— no se trata sólo de aceptar sino de procurar un consentimiento activo, lo que convierte al cliente en sujeto dinámico y no en mero objeto de las actividades terapéuticas. Si tenemos en cuenta la necesidad de contar con el consentimiento en relación con la institución que nos ocupa, la población reclusa puede incluirse en uno de estos grupos:

1) Quienes siendo penados aceptan colaborar con el tratamiento. Estos son sometidos a un proceso terapéutico para lo cual el técnico podrá llevar a cabo una prognosis de criminalidad de donde se deriva cuál es el tratamiento más adecuado que corresponde con su personalidad. En esta labor el terapeuta ha de seguir una

serie de fases parcialmente reguladas que son: la observación, la clasificación y el tratamiento.

2) Un segundo grupo de internos lo forman los presos preventivos, diferenciados de los anteriores por estarles legalmente vedado participar en actividades terapéuticas en razón del principio de presunción de inocencia. Esta decisión normativa de excluir a los reclusos-no-penados no ha tenido en cuenta las graves consecuencias que según abundante referencia empírica tiene el simple internamiento —aún en preventivo— para las relaciones personales, sociales o familiares. Problemas como el de prisionalización surgen como es lógico al margen de la condición jurídico-penal del interno. El tratamiento no sólo tiene como fin principal eliminar las tendencias delictivas del sujeto, sino sobre todo evitar los perjuicios de la estancia en prisión. En relación pues al preso preventivo, la legislación no permite ni el empleo de terapias de compensación ni tampoco concebir el internamiento como un proceso y permitir que éste puede beneficiarse de la progresión de grado. El preso preventivo tan sólo puede ser sometido a la fase previa de observación. Incluso ésta ofrece comparativamente ciertas particularidades. Se limita a recoger la mayor información posible sobre cada preventivo a través de datos documentales y de entrevistas y mediante la observación directa del comportamiento, estableciendo sobre estas bases una separación objetiva de acuerdo con el Art. 16, pero no relacionada con el tratamiento.

Cuando el preventivo pasa a ser penado una vez recaída la sentencia condenatoria, se complementa la información anterior con un estudio científico de la personalidad y se formula a partir de él una propuesta de clasificación en el mismo sentido de la que se hace el penado (Art. 64.2 LOGP).

Lejos de constituir una garantía por medio de la cual se preserva el principio de presunción de inocencia, la no aplicación de los programas de tratamiento constituye un evidente perjuicio para el preso preventivo. Si este perjuicio resulta atenuado en la praxis, ello se debe a que el tratamiento hasta hoy se limita a resolver los problemas de progresión/regresión y apenas si se han ensayado actividades propiamente terapéuticas, las cuales se aplican sólo de forma esporádica en algunos centros.

La vinculación que establece la legislación entre el principio de presunción de inocencia y las actividades terapéuticas sólo podría hallar justificación cuando éstas fomentan unas relaciones de dominio y servilismo entre el terapeuta y su cliente, mediante el empleo de técnicas que a nuestro juicio están reñidas con un Derecho penitenciario moderno. Las actividades terapéuticas más “agresivas”, aquéllas que, como las medidas médicas o quirúrgicas, no buscan la socialización del individuo sino sólo su docilidad frente al Derecho, lesionan el contenido del Art. 25.2 de la Constitución porque neutralizan un desarrollo integral de la personalidad.

Por otra parte, una actividad de observación no seguida de una clasificación y el consiguiente tratamiento adecuado a aquélla, pierde todo sentido. No debe olvidarse la estrecha interrelación que existe entre estas fases. La observación no tiene como resultado un recetario sobre una personalidad, sino una propuesta de tratamiento. Ni la ley ni el Reglamento nos dicen nada de cuál ha de ser la utilidad

de la observación del detenido; por el contrario y paradójicamente, parece en definitiva que las normas sobre los modelos de observación serán iguales para penados y preventivos, si bien para estos últimos dicha labor queda inacabada por no aplicárseles un tratamiento. Todo esto provoca una descoordinación entre unos artículos y otros poco clarificadora en una materia ya de por sí delicada y confusa.

Tampoco encontramos resueltas en la ley algunas dudas concretas que sugiere la disposición mencionada, como es saber si quienes son a la vez preventivos y penados pueden o no disfrutar de un programa terapéutico. La cuestión no es en absoluto intrascendente, no sólo porque un amplio número de internos se encuentran en esas condiciones sino también porque plantea un problema en el que se aprecia la antinomia de fines del sistema penitenciario. La exclusión de los preventivos oculta a nuestro juicio tras la aparente protección del principio de presunción de inocencia la posibilidad de que el preventivo disfrute de una clasificación en tercer grado y el consiguiente régimen abierto, es decir, se trata de unas medidas inspiradas en los principios custodiales, por otra parte, el Art. 1 LOGP, en relación con el Art. 25.2 de la Constitución no hace distinciones entre la población reclusa y señala que son las instituciones las que se orientarán a la resocialización, así que una institución tan típicamente resocializadora como el tratamiento no puede quedar excluida por principio para un sector de la población. Así pues, a nuestro entender, debe primar este último y aplicarse de forma restrictiva la prohibición legal del tratamiento de los preventivos.

Sin embargo, el Art. 252 RP muestra de forma contundente que la antinomia de los fines de la ejecución debe resolverse a favor de las razones custodiales incluso cuando existan necesidades terapéuticas evidentes, pese a que el Art. 1 LOGP destaca la primacía de los fines resocializadores. En este precepto (art. 252,2 RP) se señala que en ningún caso se podrá proponer a un interno para tercer grado si le quedan causas en situación preventiva.

3) El tercer grupo tampoco se encuentra vinculado al tratamiento, pero difiere del grupo de presos preventivos en dos aspectos: el primero de ellos, que no recibe tratamiento por voluntad propia y el segundo, que al ser penados, de todas maneras tienen derecho a que se les aplique el sistema progresivo. La LOGP apenas se planteó respecto de este grupo de penados cómo debería aplicárseles dicho sistema, lo que favoreció una errónea corriente de opinión en contra de hacerlos beneficiarios de la progresión. El Reglamento vino en parte a resolver la cuestión, al menos, dejando claro que renunciar al tratamiento no podía significar perder el derecho a la progresión de la pena. "El interno, señala el Art. 293.3, podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales, ni de regresión de grado de tratamiento. La clasificación se realizará, en estos casos, en último término, mediante observación directa del comportamiento y utilización de los datos documentales existentes".

Evidentemente semejante precepto no resuelve ni mínimamente otros importantes problemas en relación con este tema, entre los que destaca determinar los criterios que deben considerarse para la precitada clasificación. Conviene aclarar antes

de continuar que en la legislación penitenciaria la clasificación se utiliza con distintos significados. Así encontramos una clasificación (interna) como instrumento de la actividad de tratamiento más flexible y carente de criterios preestablecidos legalmente, para lo cual se emplea más bien el estudio de la personalidad a través de técnicas como el sicodiagnos y, por otra parte, la clasificación (externa) como medio para mejorar la organización del centro y para facilitar la ejecución de la pena, en estas ocasiones responde a criterios más rígidos y objetivos. Por lo general, ambos tipos de clasificación suelen aparecer claramente diferenciados en los sistemas penitenciarios del Derecho comparado. La clasificación interna —vinculada con la labor terapéutica— es siempre dinámica, mientras que la clasificación externa se mantiene por lo general a lo largo de la ejecución. Nuestro sistema penitenciario es ciertamente irregular pues si bien contiene estos dos modelos de clasificación, sin embargo, la amplitud del segundo provoca una confusión con la clasificación según “exigencias del tratamiento”. Dicho con referencias normativas: los criterios clasificatorios contenidos en el Art. 16 nada tienen que ver con la clasificación de los Art. 59 y ss. y ello por razones evidentes, pues de lo contrario habría que revisar periódicamente los criterios clasificatorios del Art. 16 y, sobre todo, porque siendo voluntario el tratamiento lo son también todas aquellas actividades que le son inherentes, tales como la clasificación y, por tanto, de no diferenciar entre la externa y la interna, la voluntad del penado podría hacer inaplicable la clasificación del Art. 16, lo que evidentemente pondría en peligro la propia ejecución.

Así pues, de lo anterior debemos extraer la consecuencia de que la clasificación del Art. 16 nada tiene que ver con la labor terapéutica y se aplica con o sin el consentimiento del penado. El otro modelo clasificatorio, aquél del que se deriva el internamiento en los distintos regímenes —cerrado, ordinario y abierto—, plantea una problemática bien diversa. Ante todo conviene destacar en conexión con el tema que venimos tratando que dicha clasificación sirve para la progresión misma. Esta es de nuevo una cuestión que tampoco aparece con claridad en la ley y, que a nuestro juicio, está fuera de dudas. Como tendremos ocasión de ver, de la clasificación que podemos llamar terapéutica se deriva entre otras consecuencias la determinación de un grado igualmente al margen del tratamiento, pese a que la regulación legal en numerosos pasajes parece apoyar la opinión contraria. Como sucede por ej., en el Art. 63 en el que se dice que para “la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación del penado, se realizará su clasificación, destinándole al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado”. O, en general de la regulación del sistema progresivo dentro del Título III dedicado según reza el epígrafe al tratamiento exclusivamente.

Esta apariencia se diluye cuando se analiza detenidamente la regulación del primer grado que conlleva el internamiento en el régimen de máxima seguridad. Ahí se ve cómo en dicho régimen, sin perder su naturaleza jurídica e incluso contradiciendo todo lo anterior, las determinaciones terapéuticas pasan a un segundo plano y en la práctica se hacen impracticables.

También demuestra que sistema progresivo y tratamiento son instituciones afines pero distintas la existencia de un grupo de penados para los que hay que buscar un criterio de progresión diferente de la evolución del tratamiento a la vista de que

haciendo uso de un derecho que le reconoce la legislación han renunciado a este último o simplemente el Equipo Técnico tras el estudio de su personalidad estima que no precisa de un programa terapéutico. Ya hemos destacado cómo el Reglamento se muestra sumamente lacónico a la hora de aclarar qué criterios deben tomarse en consideración frente a estos internos. Estos criterios son el “comportamiento y utilización de los datos documentales existentes” (Art. 239.3 RP). Aunque el análisis de los mismos se aleja en cierta medida del tema central de nuestro trabajo sobre el tratamiento, sin embargo, conviene de nuevo introducir un breve excursus para aclarar algo que nos parece sumamente importante como es la necesidad de distinguir el sistema progresivo en base al tratamiento y aquél otro que refleja un modelo de ejecución de la pena privativa de libertad.

Tanto el comportamiento como los datos documentales existentes demuestran que el legislador ha querido hacer depender la progresión en estos casos de criterios objetivos y no de factores subjetivos, y aunque insuficientemente desarrollada es el punto de partida para el conocimiento del contenido de dichos criterios. En esta labor hemos de contar también con el Art. 241 en relación con el Art. 242.1 del RP. En el primero se trata de conjugar el criterio de individualización científica, más flexible, con el criterio objetivo que computa el tiempo de condena; de esta manera el carácter flexible se limita considerablemente por la injerencia del sistema de progresión clásico, hasta el extremo de que en la praxis, teniendo en cuenta las deficiencias técnicas y de personal de nuestros establecimientos es muy posible que se convierta en un sistema semi-rígido. Este precepto introduce una escala dependiente de dos variables: el tiempo de condena y la pena cumplida. En dicha escala resultan tres grupos que se correspondería cada uno de ellos con los grados primero, segundo y tercero.

Esta solución significa recuperar el sistema de progresión clásico basado en el cómputo temporal sin tener en cuenta otros datos relativos a la persona. En nuestro Derecho penitenciario positivo nos encontraríamos pues con dos modos diferentes de valorar la progresión, el más importante por el número de internos a que afecta tiene un carácter netamente objetivo, mientras que el otro es exclusivo de quienes aceptan las condiciones del tratamiento y se caracteriza por su naturaleza semi-rígida, ya que el legislador pese a introducir el sistema de individualización científica no abandona una referencia a los criterios objetivos.

Que esto es cierto, es decir, que no puede afirmarse sin más que la individualización científica constituya una alternativa en base a presupuestos subjetivos frente al sistema progresivo clásico es algo que no sólo lo demuestra la praxis, sino numerosos preceptos entre los que cabe destacar en el RP los Arts. 241, 3; 251 ó 243, 4. En todos ellos aparece —como decíamos— que sobre todo para progresar de grado el penado ha debido de cumplir cierta cantidad de pena. Pero también la regresión o clasificación inicial en primer grado se produce, según el Art. 43,3 Rp, a la vista del “número y cuantía de condenas y penas graves en período inicial de cumplimiento”.

Así pues y resumiendo lo dicho hasta ahora en relación a este último grupo de penados que renuncian o no necesitan someterse a programas terapéuticos, pa-

ra ellos se mantiene el sistema progresivo clásico que tiene en cuenta el tiempo de condena cumplido. Probablemente el legislador pudiera mejorar la selección de criterios que sirven de presupuesto para la progresión en estos casos recurriendo al sistema de *planificación*. Entendemos por planificación un proceso por medio del cual el recluso acuerda con el Equipo Técnico la individualización de la fase ejecutiva de su pena. La planificación nos parece más acorde con los principios resocializadores ya que a diferencia del tratamiento que surge de unas relaciones jerárquicas y mediatizadas por los beneficios que de su evolución depende, permite una participación real y corresponsabilizada del interesado en el diseño de los aspectos nucleares de la pena de prisión, tales como la distribución del trabajo, la formación, los períodos de pruebas, vacaciones, etc.

La legislación en términos generales muestra un sistema abierto de cara a regular las fases de observación, clasificación y tratamiento. Por lo que se refiere a la primera de ellas se destaca que ésta ha de tener un fundamento científico con la integración de distintos métodos, de carácter dinámico y programado. En esta línea no se establecen plazos para la observación, sino para llevar a cabo una nueva clasificación, ya que de acuerdo con los principios anteriores se entiende que los equipos de tratamiento no interrumpen en ningún momento dicha actividad.

La clasificación, como hemos visto, es el resultado de la observación permanente. Por medio de ella se determina el régimen en el que ha de internarse al penado. Como quiera que una clasificación en primer grado conlleva el traslado a un centro o sección de máxima seguridad en donde se reducen considerablemente los derechos del interno, el legislador ha revestido estos supuestos de ciertas garantías jurídicas, que se pueden concretar en su aprobación por el Juez de Vigilancia y en un eventual recurso si se llegara a repetir la misma clasificación. La media es, sin lugar a dudas, positiva pero probablemente ineficaz a la vista de la escasa especialización criminológica de nuestros jueces, quienes por lo tanto ante un informe técnico en uno u otro sentido que cumpla con los principios antes mencionados le queda poco que hacer.

Es importante señalar dos aspectos que aparecen a nuestro juicio deficientemente regulados en la legislación. El primero de ellos es la necesidad de distinguir entre el comportamiento desde una perspectiva criminológica y conducta penitenciaria. La legislación no toma cuidado de ello y en no pocas ocasiones parece que la clasificación se hace depender en gran parte de la conducta penitenciaria, lo cual inevitablemente produce un efecto multiplicador de la sanción disciplinaria. La mera comisión de una falta grave, incluso cuando se produce de forma reiterada no es por sí solo motivo de revisión de una clasificación precedente por más que en ocasiones, como sucede en el Art. 43,3 RP, no se requiera sino de una mera infracción disciplinaria grave. El comportamiento que sirve de presupuesto a la clasificación constituye actitudes estables de rechazo a la ejecución o de peligrosidad.

La segunda cuestión hace referencia al contenido de los distintos regímenes. Es una equivocación pensar que los programas terapéuticos concluyen con el traslado de un penado al régimen correspondiente a su grado —cerrado, ordinario o abierto—; bien al contrario, ese momento debe ser el inicio propiamente de la acti-

vidad terapéutica que, como es lógico, constituye el aspecto nuclear del tratamiento. El régimen es sólo el marco de seguridad y orden que los equipos técnicos consideran más apropiados a las necesidades del interno para poder llevar a cabo aquella actividad. Una clasificación sin este contenido material es un fraude cuya justificación estaría únicamente fundada en razones custodiales, aunque encubiertas bajo la apariencia de necesidades terapéuticas.

Finalmente, como decíamos, el tratamiento como institución penitenciaria termina con la aplicación de un modelo terapéutico. Siguiendo la misma pauta el legislador apenas si entra a concretar cuál sea el modelo o modelos más adecuados. Es, pues, a los Equipos Técnicos a quienes corresponde dicha selección. El Art. 66 LOGP se limita a indicar que se concederá especial atención a la organización de cuantas sesiones de asesoramiento sicopedagógico o de sicoterapia de grupo se juzguen convenientes: también de terapia de comportamiento y de procedimiento tendentes a modificar el sistema de actitudes del interno. Se incorpora asimismo la terapia de formación y perfeccionamiento profesional. Se contempla la posibilidad de organizar en los centros correspondientes programas basados en los principios de comunidad terapéutica. Importante es, sin duda, la novedad que introduce el Art. 69,2 que permite la participación y colaboración de los ciudadanos, instituciones y asociaciones públicas o privadas en las labores resocializadoras.

III. LA COLABORACION DEL INTERNO EN EL TRATAMIENTO

Los términos en los que actualmente se expresa la LOGP para determinar los fines del tratamiento son a nuestro juicio cuestionables aun contando con el consentimiento libre del recluso, ya que se pretende convertir a éste en un hombre éticamente intachable, pretensión que ni corresponde al Estado ni tampoco se exige frente al resto de los ciudadanos libres. Pero la aceptación de esos fines resulta todavía más inaceptable para un Estado de Derecho si tenemos en cuenta la circunstancia de que el sistema penitenciario vigente no permite asegurar que el interno acepta libremente la colaboración con los programas terapéuticos.

La legislación no sólo ha olvidado establecer garantías mínimas por las que se asegure que el consentimiento será libre, sino que, bien al contrario, ha establecido una serie de "correas de transmisión" entre régimen y tratamiento que hace temer que en muchos casos el consentimiento estará inducido por el deseo de alcanzar una serie de beneficios penitenciarios.

Algunos ejemplos ilustran esta estrecha conexión. El primero lo suministra la concepción del sistema progresivo como un instrumento terapéutico y no como un modelo reduccionista de ejecución de la pena privativa de libertad. Por otra parte y como consecuencia de lo anterior, los Equipos de Tratamiento, órganos originariamente pensados para dirigir algunos aspectos de éste, se ven revestidos de considerables poderes frente a la decisión de otorgar ciertos beneficios penitenciarios tales como los permisos de salida, la libertad condicional o los propios beneficios penitenciarios y no sólo frente a la población sometida a tratamiento, sino frente a la totalidad de la colectividad reclusa. La falta de un diseño legal de un sistema peni-

tenciario paralelo para el grupo de internos no-tratados termina obligándoles a someterse a los criterios del Equipo o a perder el beneficio de que se trate.

La tendencia paradójicamente va a más, es decir, nuevas disposiciones vienen a reforzar la idea de que ciertas instituciones jurídicas pueden hacerse depender no ya de la marcha del tratamiento, sino de la circunstancia de que el penado se someta o no al mismo. Así ha sucedido con las recientes reformas del Código penal en materia de remisión condicional cuando se trata de reos que cometieron su delito por la dependencia a las drogas. Sólo si se certifica que éste está sometido al tratamiento y no lo abandona podrá hacerse acreedor de este beneficio (Art. 93, bis CP). Medidas de esta naturaleza están en flagrante contradicción y hacen ineficaz el principio de colaboración en los programas terapéuticos.

Todo lo anterior no debe de entenderse en absoluto como una actitud de reserva frente a la capacidad de los Equipos de Tratamiento o como un intento de restar importancia a éste, sino todo lo contrario. Como en repetidas ocasiones he intentado aclarar, la separación entre régimen y tratamiento es una garantía y un presupuesto para que los técnicos de la conducta humana puedan relacionarse con sus clientes en un ambiente más distendido ajeno a las cuestiones penitenciarias.

IV. CONCLUSIONES

De todo lo anterior se desprende la necesidad de abordar por las autoridades responsables una reforma en profundidad del Tit. III "sobre el Tratamiento". Especialmente en aquellos puntos que hemos traído aquí de forma resumida. Es preciso extender el tratamiento también a los preventivos a la vez que limitar las aspiraciones de los programas terapéuticos. También es necesario revestir de máximas garantías el consentimiento del interno para aceptar el tratamiento y sobre todo diseñar un modelo de régimen independiente, al menos en sus aspectos nucleares, del éxito o no del tratamiento. En la LOGP el legislador está pensando en un monismo preventivista hoy completamente trasnochado por aceptar como presupuesto tres principios ampliamente reconocidos como falsos o indemostrables:

1. Que la conducta criminal puede identificarse con factores negativos de la personalidad.
2. Que existen modelos prefijados de personalidad en un Estado democrático que puedan tomarse como punto de referencia para un programa terapéutico.
3. Que el sistema penitenciario tenga capacidad terapéutica en términos de conocimiento y medios para realizar el programa reeducativo.

Sin considerar ya nuestro sistema penitenciario concreto, sino reflexionando sobre los acontecimientos de los últimos años en nuestro país y en el extranjero, no puede negarse que en el horizonte se cierne un panorama bien sombrío, el cual sólo parece ofrecer dos alternativas para la ciencia y la praxis penitenciaria: o se acepta contrafácticamente la resocialización tan sólo para frenar los impulsos y tendencias hacia una reforma custodial de la prisión, pese a reconocerse la imposibilidad de practicar aquélla o aceptamos la presión emotiva de orden y seguridad de

la opinión pública, que reclama y sintoniza con una política penitenciaria puramente represiva.

Esta polarización, a nuestro juicio, es necesariamente falsa. De la aceptación de la pena privativa de libertad como una realidad histórica —hoy por hoy incuestionable— y del fracaso de la resocialización terapéutica no se sigue sin más el retorno a los calabozos. Hay, por el contrario, esperanzas racionales de que sea posible y operativa una reelaboración crítica del concepto de resocialización y del papel que ésta debe jugar el marco de la ejecución de la pena privativa de libertad, en términos menos pretenciosos que aquéllos que se propusieron desde el positivismo jurídico. Sencillamente como un conjunto de medidas promocionales —trabajo, formación, asistencia social— que compensen y atenúen la realidad de la prisión y permitan a su vez comprender el problema humano y social que se esconde tras la comisión de un hecho delictivo.

El Derecho penitenciario mínimo o las tendencias reduccionistas frente a la prisión no se basan en exigencias terapéuticas o necesidades resocializadoras, sino que se deben a un profundo y natural sentimiento de justicia que existe en la colectividad. La lectura de nuestros penitenciaristas clásicos resulta sumamente clarificadora para comprender el alcance de estas expresiones. Con la dureza que caracteriza su literatura señalaba Arenal cómo una pena que no intimida ni corrige, sino que sólo causa mal está reñida con la Administración de justicia y la ley moral. “No se necesitan, decía, estudios filosóficos ni ciencia jurídica para comprender que el mal no es Derecho”.