

252
2006

Revista de Estudios Penitenciarios

Revista de Estudios Penitenciarios

N.º 252 - 2006

Estudios e Intervenciones:

Novedades en el concepto
de tratamiento penitenciario

FRANCISCO BUENO ARÚS

Una aproximación práctica
a la clasificación penitenciaria

MARÍA JOSÉ ARANDA CARBONEL

La responsabilidad civil en la L.O. 7/2003
y su incidencia en el tratamiento penitenciario

VÍCTOR MANUEL LÓPEZ CERRADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR

[http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Publicaciones/General/Revistas Penitenciaras/Revista_252-2006.pdf](http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Publicaciones/General/Revistas%20Penitenciaras/Revista_252-2006.pdf)

Francisco Bueno Arús
Abogado del Estado y Letrado del CGPJ jubilado
Profesor emérito de la Universidad P. Comillas

Novedades en el concepto de Tratamiento Penitenciario¹

¹ Texto revisado de la ponencia expuesta en el XV Seminario de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, organizado por el Consejo General del Poder Judicial los días 12 a 14 de junio de 2006. *Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación sobre “El proceso de reforma del sistema de determinación de la responsabilidad criminal: Análisis de los fundamentos dogmático-penales y constitucionales y de su eficiencia en la aplicación”, que se desarrolla en el Área de Derecho penal de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid y que ha sido financiado por el MEC (Proyecto SEJ004-05603/JURI) dentro del Plan Nacional de I+D para el trienio 2004-2007.*

I. INTRODUCCIÓN

1. El Derecho, en cuanto estructura lingüística, se caracteriza por ser un léxico *sui generis*, compuesto, en gran o en su mayor parte, por palabras que representan *conceptos jurídicos indeterminados*. Lo llamo léxico *sui generis*, porque ni es un lenguaje exclusivamente técnico y sólo manejable por los profesionales o los iniciados (como conocemos tantos ejemplos en otras ramas del saber) ni tampoco es un léxico coloquial, aunque abundan en las normas jurídicas los términos que proceden del lenguaje vulgar y que nos parecen tan en su sitio cuando los empleamos para discursar por ejemplo sobre los derechos de las personas y la organización de la familia y de las personas morales, o sobre los delitos y las penas, temas que el ciudadano medio considera de experiencia generalizada. Decir que el lenguaje jurídico es una mezcla de lenguaje técnico y lenguaje coloquial no es un reproche por lo que respecta al lenguaje jurídico-penal, ya que, en este sector del ordenamiento, por sus consecuencias, es quizá más necesario que en ningún otro que el lenguaje sea comprendido fácilmente por el pueblo destinatario de las leyes. Aquí, la claridad de la norma es casi siempre garantía de libertad.

2. Una noción bien estudiada de concepto jurídico indeterminado es la que nos ofrece Sainz Moreno, quien, distinguiendo los conceptos indeterminados de los homónimos y los sinónimos, entiende que los indeterminados constituyen una especie de “tierra de nadie entre dos conceptos sinónimos” o se trata de conceptos de apreciación relativa (v.g. concepto de rapidez). “*Un término es indeterminado cuando no tiene límites precisos, no traza una línea clara sobre la realidad a la que se refiere*”. Hay como unos círculos concéntricos: zona de certeza positiva, zona de certeza negativa, zona de indeterminación. En los conceptos jurídicos, la indeterminación puede darse en el supuesto de hecho (v.g. aprovechamiento de especial interés) o en la consecuencia jurídica (principio de proporcionalidad, principio de intervención mínima).

3. Que el lenguaje jurídico abunde en ellos tiene sus ventajas prácticas y sus inconvenientes teóricos. Los inconvenientes, en relación con lo antes dicho, se centran sobre todo en las dificultades para garantizar principios esenciales, como son el de legalidad y el de seguridad jurídica (art. 9 de la Constitución), cuando no se puede estar seguro del sentido de las palabras que emplean la ley y la jurisprudencia, o cuando la jurisprudencia se muestra partidaria de cambios constantes y profundos en la interpretación de las mismas normas.²

Las ventajas prácticas constituyen la otra cara de este mismo fenómeno: si es posible encontrar diversos significados a una palabra o a una expresión, el juez siempre (o casi siempre) podrá hacer prevalecer su criterio mediante una interpretación de la norma, hábil (véase art. 3.1. del Código Civil) y si llega el caso voluntarista más que

² A propósito de este tema, me siento obligado a llamar la atención sobre el peculiar sentido que el principio de legalidad penal está adquiriendo en España. Antes hablábamos del principio de legalidad y del principio de oportunidad como principios opuestos, el primero aplicable al Derecho penal sustantivo y al procesal, el segundo (reconocido por la ley, claro) aplicable, no a la tipicidad sino al proceso, por cuanto significaba permitir al Ministerio Fiscal desistir o renunciar a la acción penal por motivos técnico-jurídicos, es decir, cuando por las circunstancias del caso concreto la exigencia a rajatabla del principio de legalidad podía ser contraproducente desde la perspectiva de los fines del proceso y de la pena... La novedad actual es que, aunque la ley no dice nada, parece que nuestros conciudadanos la valoran más como instrumento de poder que como mecanismo de justicia, y, en consecuencia, es como si estuviéramos aceptando implícitamente el viejo axioma de la Escuela libre del Derecho, a saber que

inteligente, y el jurista también podrá encontrar siempre algún argumento razonable para defender no importa qué sentido de la norma: el que le convenza racionalmente o el que beneficie a sus clientes. Lo mismo le acontece al tratadista que pretenda arriar de entrada el ascua de la justicia a la sardina de sus preferencias de escuela. Y, en los ejemplos más radicales, la flexibilidad interpretativa de la norma jurídica puede ayudar a que un profesional se dé el gusto de tratar de demostrar que 2 y 2 son 5, o tal vez 3 y media, cosa que entiendo no es posible en otras ramas del saber, seguramente más científicas.

4. El objeto de esta ponencia se refiere a la evolución del concepto y del contenido del *tratamiento penitenciario* en la legislación española, como elemento sustantivo de la ejecución de las penas privativas de libertad para darles el sentido y la orientación a que se refiere el artículo 25.1 de la Constitución: *reeducación y reinserción social*, y también el artículo 1 de la LOGP y 1 de su Reglamento de 1996. La importancia del tratamiento penitenciario radica en que, con mayor o menos precisión científica, el tratamiento está íntimamente vinculado a la ejecución de la pena de privación de libertad con una finalidad de prevención especial positiva (llámese *corrección, reeducación, reinserción social, resocialización*, o de cualquier otro modo parecido, y ésta es la única o la preponderante finalidad de la pena que las normas del Estado de Derecho aceptan expresamente del amplio abanico de posibilidades definido por la doctrina y puesto en práctica en otras épocas históricas, en las que las dificultades para el reconocimiento de los derechos de las personas provenían sobre todo del carácter absoluto del poder real o del establecimiento de una situación de dominio del Estado nacional en el ámbito económico, merced a circunstancias como el protectorado, el colonialismo, o simplemente la declaración de guerra a los pueblos que se resistiesen.

5. No quisiera dar la imagen de fatalista, pero, después de mencionar que el tratamiento penitenciario constituye un concepto jurídico indeterminado, procede reconocer su vinculación estrecha en nuestro tiempo con el Estado de Derecho, pero es que el *Estado de Derecho* también es un concepto (*o un superconcepto*) jurídico indeterminado. De lo único que estamos seguros es de que no es bastante, para hablar de un Estado de Derecho, identificarlo con el Estado sometido al Derecho que él mismo elabora (Jellinek), y el modelo de un Estado garante de los derechos de los ciudadanos y del principio de legalidad no deja de ser una fórmula, que puede ser rellenada de muy diversas maneras: *Estado liberal de Derecho, Estado social de Derecho, Estado democrático de Derecho, Estado de Justicia...*, son todos modelos del Estado de Derecho que a su vez admiten otros submodelos, como el Estado policía y el Estado gendarme dentro del Estado liberal, o, dentro del Estado democrático, tantas variedades como

la ley no es sino un útil del que el Parlamento dota a los otros dos poderes como una orientación, una sugerencia, para que la tengan en cuenta cuando les convenga, o para que prescindan de ella en otro caso y acudan a los principios generales o al leal saber y entender de la conciencia judicial para resolver el conflicto de que se trate. Por lo tanto, yo diría que actualmente el principio de legalidad no se contraponen al principio de oportunidad, sino que se confunde con él, pero además no se trata de una oportunidad técnica (técnico-jurídica), como razoné antes, sino de una oportunidad meramente política... Lo más difícil de digerir es que este enfoque del ordenamiento penal, además de por el Gobierno y los políticos, ha sido aceptado también por las fuerzas de seguridad y por el Ministerio Fiscal, y está empezado a serlo por los Jueces, aunque sea como "un mal inevitable impuesto por la fatalidad del destino..." No es eso lo que nos enseñaron acerca del principio de división de poderes, ni creo que el cambio de orientación sea para reír.

especies de democracias se han contabilizado en la historia de la humanidad (democracias liberales, democracias populares, democracias orgánicas, populismo, tercermundismo, dictaduras democráticas)... A su vez, el enfoque en cada una de estas categorías, claro es, es diverso según que el principio de legalidad se respete mínimamente o sufra el proceso de *corrupción lingüística* al que me refiero en la nota 2.

Sin que dispongamos de una varita de avellano que se ponga a oscilar cuando la enfrentemos a una democracia *verdadera*, puesto que además tampoco tiene sentido hablar de *verdadero o falso* en sede de juicios de valor jurídicos, que sólo admiten la calificación de *justos o razonables* y sus contrarios, y sabemos que aquí reina el más puro subjetivismo, puesto que cada uno enfoca tales valoraciones desde sus propias creencias, necesidades y conciencia personal, y no puede ser de otra manera. Sin subordinar el Derecho a otro orden normativo, las normas jurídicas son siempre *relativas*, y, si las subordinamos a otras normas legitimadoras, morales, religiosas o políticas, el relativismo no hará sino multiplicarse. Ya nos queda menos para identificarnos con el anarquismo filosófico.

II. ANTECEDENTES DEL TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y PENITENCIARIA ESPAÑOLA

2.1. Diccionarios

Desde el momento en que nos encontramos con una legislación penitenciaria, satisfactoriamente moderna o avanzada, en España, la misma nos ofrece dos ideas clave para nuestro objeto. Primera idea: el fin jurídico y social de la pena privativa de libertad, con carácter prevalente sobre otros fines, es la *corrección* (en sentido moral o en sentido social) del delincuente. La pena no pretende, pues, en primer término, ni el escarmiento del penado, ni la defensa de la sociedad, ni la intimidación general, ni la venganza por el daño causado, aunque la mayor parte de estos fines sean fines principales e incluso imprescindibles, tanto para una mentalidad autoritaria como para los impulsores del Estado de Derecho en sus diversas acepciones.

El último de los fines mencionados sólo lo ha sido a efectos dialécticos, porque, no obstante un determinado movimiento en nuestros días a favor de la pena como venganza contra el delincuente (Hugo Grocio), propiciado por los padres de víctimas adolescentes de delincuentes asimismo menores de edad, no es compatible, ni con los principios constitucionales de un Estado democrático de Derecho, ni con una Ética social mínimamente exigible a favor de la convivencia, concebir la venganza como una finalidad esencial de la pena. Y, sin embargo, algo debe haber en el subconsciente cuando los clásicos hablaban de la pena en el Renacimiento como *vindicta publica* (también la Ordenanza General de Presidios de 1834), y todavía actualmente los internacionalistas, en el terreno del Derecho penal internacional (que no los penalistas), repiten la expresión *vindicta publica* como una etiqueta con un valor sobreentendido, axiomático, legitimado por el uso centenario.

La segunda idea que nos ofrece la legislación penitenciaria española moderna (de las dos que mencioné hace dos párrafos) es que, en el siglo XIX y primera mitad del XX, la pena correccional no se vincula a una concepción de la ejecución de la pena

como *tratamiento*, que sería un término en ese tiempo fuera de contexto. La corrección se consigue, o se intenta conseguir, por el juego combinado de aquellos elementos que se encuentran en la base de la formación de todo ciudadano dentro de una sociedad establecida: *escuela, trabajo y religión*, de los cuales se supone que se ha producido una recepción incompleta por parte del delincuente para poder explicarnos el hecho del delito. “*Haced a un hombre trabajador y será honrado*”, decía el bueno de Howard (quien sin duda no pudo conocer una película de cine británica de hace algunos años, en la que se hacía patente el entusiasmo de los internos en una prisión ante la impartición de cursos acelerados de cerrajería destinados a... los autores de delitos de robo con violencia en las cosas u otros delitos contra los bienes patrimoniales o económicos).

Sobre esta base, nada tiene de extraño que, en el caso de emplear eventualmente en los tiempos de referencia la palabra “tratamiento”, ésta hubiera tenido algún significado muy genérico, y de escasa o nula utilidad para nuestro objeto, como son los que aparecen en los Diccionarios al uso. Hojeemos dos Diccionarios prestigiosos: el de la *RAE*, última edición, y la *Enciclopedia Salvat* distribuída por El País en el año 2003. En estos Diccionarios *tratamiento* es “acción y efecto de tratarse” (= de comunicarse), “procedimiento empleado en una experiencia”, “modo de trabajar ciertas materias para su transformación”, “conjunto de medios que se ponen en práctica para la curación o alivio de las enfermedades” o “título que se da o con que se habla a una persona”. Es llamativa la variedad de acepciones del “tratamiento”, que apenas tienen nada que ver las unas con las otras, pues heterogéneas son las situaciones que consisten en comunicarse con otro, saludarle con todo respeto, curarle una enfermedad o transformar algún objeto. No obstante, todas ellas se enuncian con el mismo término pero sin embargo no están todas las existentes, pues justamente la acepción específica que venimos buscando no forma parte de los enunciados transcritos. Un Diccionario de época, el *Tesoro de la lengua castellana o española*, de Sebastián de Covarrubias Orozco, primera edición 1611, es todavía más decepcionante, pues no atribuye al *tratamiento* otro significado que el de “la humanidad y cortesía, y así decimos buen *tratamiento* o mal *tratamiento*”. La consulta de otros Diccionarios conocidos (Corominas, Seco, María Moliner...) no ha aportado nada nuevo.

La doctrina jurídica venía empleando *tratamiento* y *trato* prácticamente como conceptos homólogos, lo cual es cierto si *trato* se emplea en el sentido de “acción o efecto de tratarse” o “tratamiento de cortesía”, acepciones que recoge el Diccionario también para *tratamiento*, pero no es cierto si *trato* se emplea, en su acepción más distante de todas las anteriores, como sinónimo de negociación, ajuste o convenio, que es el significado predominante que tiene esta voz para el Diccionario de Covarrubias. De entrada, pues, al no darnos los Diccionarios una acepción de *trato* y de *tratamiento* que podamos aplicar sin duda en el ámbito penitenciario, escojo, como más aproximada a la acepción de *tratamiento* que venimos buscando, la de “conjunto de medios que se ponen en práctica para la curación o alivio de las enfermedades”, sustituyendo “enfermedades” por trastornos de personalidad o de socialización, y haciendo de los más jóvenes sus protagonistas. También es aceptable provisionalmente en sede penitenciaria la acepción de *tratamiento* como “método de transformación de ciertas materias”, al menos en un sentido metafórico, pues, en efecto, se aspira a que la pena “transforme”, moral, social o políticamente, al condenado. Pero en cualquier caso nos quedamos insatisfechos y pensando en la conveniencia de sugerir alguna idea sobre nuestro tema de hoy al jurista que forma parte de la Real Academia Española como Académico de número.

2.2. Legislación penal española

Consultados los Códigos penales españoles, liberales, conservadores o autoritarios, desde el de Fernando VII (1822) hasta los promulgados durante el franquismo (1944, 1963, 1973), no encuentro en ellos la voz “tratamiento”, pero quizás he buscado mal. En cambio, sí aparece la misma en el epígrafe del capítulo IV del título VI del libro II de la Ley de Enjuiciamiento criminal, concebido en los siguientes términos: *Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y tratamiento de los detenidos y presos*, pero este dato carece de interés para nosotros, primero, porque aquí el *tratamiento* equivale a su sentido más primitivo, es decir, al *trato*, o manera de comportarse en general con las personas o las cosas de nuestro alrededor, teniendo en cuenta sus derechos y responsabilidades, lo que le aleja de las acepciones usuales que hemos visto en los Diccionarios sin completarlo con otra acepción jurídica suficientemente convincente, y no podía ser de otra manera puesto que las personas aludidas son *detenidos y presos preventivos*, respecto de los cuales no cabe (entonces, no cabía) un tratamiento que ya es ejecución de una condena; y, segundo, porque incluso la expresión de *marras* pasó a la LECrim en la reforma operada por la L.O. 14/1983, de 12 de diciembre, y por lo tanto no tiene siquiera la antigüedad de dicha Ley (promulgada en 1882).

2.3. Legislación penitenciaria española

A) Hasta la segunda mitad del siglo XX

Tampoco nuestros textos penitenciarios extensos, desde la *Ordenanza General de Presidios* de 1834 hasta la segunda mitad del siglo XX, contienen la palabra “tratamiento”, creada a mi entender para hacer frente a una nueva realidad que se presentó posteriormente. Pido excusas para el supuesto hipotético, no imposible, de que mi consulta legislativa haya sido hecha precipitadamente.

B) Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956

El RSP de 2 de febrero de 1956 (que tiene la peculiaridad de que, aun elaborado durante el franquismo, se acomoda, aunque sea parcialmente, a lo previsto en las *Reglas Mínimas para el Tratamiento del Delincuente*, aprobadas por las Naciones Unidas en 1955) utiliza ya tan *revolucionario* término en el artículo 49, relativo al primer período de cumplimiento de la pena privativa de libertad en el sistema progresivo, diciendo que dicho período se dividirá en dos fases de 10 y 20 días como mínimo, “salvo que por motivos de salud le deba ser impuesto otro *tratamiento*”.

A mi entender, aquí el término en cuestión no es técnico ni tiene un significado propio, al no haber sido definido en el articulado de la disposición, lo que hubiera sido necesario si el “legislador” hubiese pretendido incorporar al ordenamiento penitenciario un término fundamental, nuevo, de manera precisa, por la primera vez. No siendo así, creo que podemos entender que el término, o bien hace relación a un tratamiento sanitario, o, si no es así, resulta tan vago e indeterminado como el viejo “trato” de la doctrina o el mismo término “régimen”, otro concepto jurídico indeterminado que en el contexto reglamentario puede interpretarse

como conjunto de derechos y beneficios propios del penado (utilizado a su vez expresamente y de modo único en el artículo 47 del Reglamento para citar conjuntamente y distinguir el *régimen* de los detenidos y presos del *régimen* de los condenados). Me extraña de que un Reglamento, inspirado como he dicho en las *Reglas Mínimas* de las Naciones Unidas, no haya sacado partido de unos conceptos de “régimen” y “tratamiento” concebidos más extensamente, de acuerdo con las orientaciones internacionales. Esa utilización se ha hecho, sin embargo, como veremos, en el momento en el que el legislador ha sentido la necesidad de dar un paso adelante en la regulación del “sistema progresivo” (arts. 84 del CP y 48 del RSP), esencia del sistema penitenciario español y que consta, como siempre, de cuatro etapas, grados o períodos, con el contenido elástico y vagamente progresivo que desarrolla el citado artículo 48 y siguientes del RSP de 1956, modernizando desde la perspectiva de las exigencias del siglo XX aquello que crearon en el siglo XIX sobre todo Crofton y Montesinos, interpretado este último por el poderoso ingenio de Rafael Salillas.

El “giro copernicano” en cuanto al uso y sentido de la voz “tratamiento” se produce con la promulgación del Decreto 162/1968, de 25 de enero, que modifica una serie de artículos del Reglamento de 2 de febrero de 1956, para, como se dijo entonces, *introducir la Criminología en el sistema penitenciario español* (todavía estamos pendientes de su introducción paralela en el sistema procesal) y dar cumplimiento, según su exposición de motivos, a “*la necesidad de mejorarlo en su aspecto técnico, de modo que recoja las nuevas soluciones que la Ciencia penitenciaria ofrece, aplicando métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y reinserción social de los delincuentes...*”, siendo de subrayar que en este párrafo la expresión “reeducación y reinserción social” se anticipa, cuando aún quedan siete años de franquismo, a lo que expresarán como fines de la pena con más propiedad la Constitución de 1978 y el restante ordenamiento legislativo de la Transición.

Se vuelve a hablar de *tratamiento*, como en volandas, en la exposición de motivos del citado Decreto de 25 de enero de 1968, al enumerar los cuatro grados o períodos del sistema progresivo, ahora más sistemáticos y relacionados con los tipos de *establecimiento*, y con las actividades de *observación, clasificación y tratamiento*, voz que, sin embargo (es mi modesta opinión), se emplea en el precepto correspondiente en un sentido tan universal como se empleaba “régimen” en la versión reglamentaria de 1956. El término y su interpretación se repite en otros artículos (se ha cogido gusto al “juguete” y hay que disfrutarlo), por ejemplo, los cuatro grados progresivos se especifica que son propios del *tratamiento*; los equipos técnicos se encargarán de la aplicación del *tratamiento* que se requiera; el *tratamiento* es continuo e incluye la libertad condicional... Más enjundia tiene desde luego el párrafo séptimo de la exposición de motivos, que trata de definir el *tratamiento*, el cual “se basa fundamentalmente en el estudio científico de la personalidad del sujeto, y la progresión en el mismo se hace depender de la *conducta activa* del interno, entrañando un acrecentamiento en el grado de confianza en él depositado y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes que habrán de comportar una gran libertad”... Estos conceptos legales responden a la influencia de Jesús Alarcón, pieza clave de la reforma penitenciaria española a finales de los 60 y durante los 70, y los mismos veremos que se repiten prácticamente con ligeros matices en la nueva LOGP, pero de manera mucho más ampliada.

A partir de la reforma de 1968, que se complementa con la creación del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias en 1970, los técnicos penitenciarios de los que va a depender entre otras funciones todo lo que se refiere a la observación, clasificación y tratamiento de los internos, perciben o intuyen que *régimen* y *tratamiento* son conceptos diferenciables, a pesar de la homogeneidad de su contenido (*conjunto de derechos y deberes de los que es titular el interno en cada fase de la ejecución de su pena*), y de momento se impone una diferenciación, intencionada aunque todavía imprecisa, que viene a entender como régimen “*cuanto se debe al interno como hombre*”, y, como tratamiento, “*cuanto se debe al interno como persona sometida al cumplimiento de una pena*” (Rodríguez Suárez). Este último concepto estaría vinculado a la relación jurídica penitenciaria, en tanto que el anterior lo estaría a las relaciones jurídicas anteriores a la condena del sujeto, que por lo tanto no nacen a consecuencia de la misma, aunque la condena tampoco tiene la eficacia de producir su extinción. Su continuidad tiene que ver con la configuración constitucional de los derechos fundamentales de la persona, garantizados por la Norma suprema.

C) Tratamiento penitenciario y Criminología

La promulgación del Decreto de 1968 tiene un significado implícito muy importante, y es que a mi entender constituye el resultado del “complejo de inferioridad” que las llamadas Ciencias culturales, sociales o del hombre han sentido y sienten ante las Ciencias naturales, de las que en consecuencia tratan de adoptar el método y la sistemática en la mayor medida posible, para parecer más Ciencias y menos Sistemas de valoración. El positivismo jurídico del siglo XIX es consecuencia del positivismo de las Ciencias naturales, de las que se adopta hasta el léxico en temas concretos, como por ejemplo la “relación de causalidad” en la teoría del delito, que no tiene la misma claridad que tiene en las Ciencias físicas, porque su adaptación al mundo de los valores es forzada y de aquí que andando el tiempo haya tenido que ser, más que completada, corregida con la teoría de la “imputación objetiva”, gracias a la cual nos encontramos en nuestro ambiente propio (los juicios de valor), al tener que concluir que el Juez tendrá por causa de un resultado típico a aquella conducta que, dadas las circunstancias, *merezca* ser tenida como causa de ese resultado.

Pues bien, en tal contexto la teoría de la pena todavía no había recibido las bendiciones científicas que había empezado a recibir, aparentemente, la teoría del delito, y corría prisa *hacer algo*. Y lo que se hace, no sólo en España, porque la orientación proviene de la política criminal de las Naciones Unidas, es *corregir* la discrecionalidad en la aplicación y ejecución de la pena, tratando de transformar la primera en un cálculo objetivo, matemático, aunque es imposible, y *dignificar* la ejecución, no haciendo depender las actividades resocializadoras del buen criterio de los funcionarios penitenciarios, sometidos en su caso a control de la Jurisdicción correspondiente, sino elevándola al rango de *actividad científica, controlada por expertos científicamente preparados*, cuyo saber habría de estar suficientemente acreditado con profesiones universitarias o diplomadas, como las de psicólogo, psiquiatra, asistente social, etc. También aquí se produjo una situación de influencia de las Ciencias naturales (la Biología positivista) sobre el Derecho, en cuanto que los conceptos jurídicos de *corrección, reeducación, reinserción, resocialización* o similares son herederos de los conceptos de *regeneración* y *regeneracionismo* (que tanto gustaban a la

Generación del 98). Tal orientación, encaminada a evitar sobre todo la discrecionalidad administrativa, basada en criterios como “el ojo clínico” o la responsabilidad del “buen padre de familia”, no dejó de suscitar críticas profundas, como veremos más adelante.

Así pues, la reforma de 1968, confiando en las propias fuerzas de la Administración penitenciaria, pretende que en el procedimiento elegido por el Estado para provocar el cambio anímico o de actitud social en el recluso –en que consiste el éxito en su caso de la pena de prisión desde el correccionalismo decimonónico hasta nuestros días– no intervengan solamente criterios rutinarios de relación con los demás, ni el famoso “don de gentes” de Montesinos, ni siquiera una educación más intensa en el ámbito de la religión, la cultura y el trabajo (respondiendo al esquema de los primeros correccionalistas, que, como buenos filántropos, cifraban en esos aspectos de la enseñanza la ceguera de la ignorancia o las luces del desarrollo de la personalidad de cada individuo), sino que intervenga también la Criminología, esto es, intervengan las Ciencias del Hombre, aplicadas a la materia penal, en cuanto que el hombre (delincuente) se concibe también como objeto del conocimiento científico y las modificaciones en la manera de ser o en la personalidad del sujeto constituyen objeto de técnicas específicas a consecuencia de conocimientos especializados de las ciencias que estudian los aspectos somáticos y psíquicos de la persona humana. Solamente estos conocimientos y estas técnicas específicas tendrán la altura adecuada para poder ayudar a superar los obstáculos interiores y exteriores que impiden la perfecta socialización del individuo, integrándose con normalidad en el conjunto de la población del Estado o, con miras más limitadas, en la población de la ciudad, villa o región a la que pertenece el interesado, o en el grupo o clase social de la que procede o que le corresponde.

La idea de conceptuar la ejecución de la privación de libertad como un “tratamiento”, esto es, como una metodología de carácter científico, nace ya con la primera Escuela de criminólogos, la Escuela positiva italiana, liderada por Lombroso, Garfalo y Ferri, que fomenta la idea del delincuente como alguien cuya personalidad *tiende a delinquir* (aunque reconoce también la categoría del delincuente ocasional), por un defecto de orden corporal o espiritual (*delincuente nato*), para el cual la Ciencia puede poner lenitivos en funcionamiento pero nada más: los defectos y las desviaciones no se curan. Todo lo más se mitigan. Las sanciones no son penas, porque no dicen relación a la culpabilidad del acusado (que no puede ser culpable porque no se le considera libre), sino a su peligrosidad (riesgo de volver a delinquir, dada la mentalidad y la personalidad del acusado). Para el delincuente no susceptible de cambiar en absoluto, las medidas de seguridad pueden llegar, de forma natural e indiscutible, hasta la muerte o la cadena perpetua. Para quien es capaz de iniciar un cambio, demuestra que le convence el lenguaje que utilizan con él los expertos, y trata de asimilarlo y de ponerlo en marcha, esa postura de acercamiento merece la ayuda de la sociedad y la medida aplicable no perseguirá la inocuización sino la corrección del delincuente.

La ejecución de la pena (o medida) como tratamiento supone, por tanto, las siguientes novedades: introducir la Criminología (fundamentalmente, la Psicología y la Psiquiatría criminales) en el Derecho penal y penitenciario, dar ejemplo de la importancia que tienen los métodos interdisciplinarios para influir o guiar la peripecia biográfica de los hombres, llevar un régimen de vida que conduzca sensible o

insensiblemente a un cambio definitivo socialmente aceptable y que se trace y dirija con arreglo a criterios científicos (me refiero, una vez más, a las Ciencias del Hombre o de la Conducta) mediante un plan científicamente organizado y con el consentimiento y el apoyo del interesado. Por decirlo de una manera técnicamente incorrecta pero bastante gráfica: la delincuencia u oposición a las reglas sociales de convivencia y solidaridad requiere un tratamiento científicamente dirigido (como el de los enfermos graves), en el que, de común acuerdo los directores, que han de ser expertos en las ramas y técnicas indicadas, proceden a la elaboración de un plan racional y sistemático como consecuencia del cual las acciones y los pensamientos del recluso y los oportunos remedios se programan para ejercer una influencia constante y matizada en el interesado, de manera que los cambios que pueda experimentar en su forma de ser le acerquen cada vez más al ideal del hombre en sociedad, al menos en el nivel mínimo necesario para que los conflictos sociales ofrezcan siempre la probabilidad de emplear métodos suficientemente razonables encaminados a lograr su solución.

Después de la Criminología positiva (que nace en Italia), la Criminología de base sociológica, promovida sobre todo en Francia, país de nacimiento de muchas cosas (derechos humanos, Ilustración, Arte abstracto, Sociología), tiende a diluir el estudio científico del Hombre y sus problemas genéticos y espirituales en un estudio de la organización y funcionamiento de los grupos criminales para facilitar la oportuna respuesta y preparación de la contraofensiva adecuada por parte de los Estados, que suelen ir siempre –según demuestra la práctica– a remolque de los delincuentes, pero no hay mayores avances en el terreno de los problemas de la determinación de la responsabilidad generada por el delito y los cambios de actitud personal de los delincuentes. De forma que, desaparecidos los epígonos de la Escuela criminológica positiva, el testigo, en lo que respecta a nuestro tema, pasa directamente a la Escuela de la Criminología Clínica.

La idea de que los problemas de adaptación o inadaptación a la sociedad pueden ser enfocados de manera similar a los trastornos de personalidad, dando lugar a un diagnóstico, un pronóstico y la utilización de métodos psicológicos o sociales que eliminen o al menos iluminen las dificultades y potencien las actitudes y los sentimientos de integración, hizo furor en el siglo XX y captó la atención de numerosos estudiosos franceses e italianos, proyectándose en la actividad de una serie de organizaciones internacionales, como la Sociedad de Criminología, la Sociedad de Defensa Social o la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, con proyección destacada en las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* y otros acuerdos de los Congresos quinquenales de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, que han servido de referente para las legislaciones estatales. Procede citar aquí los nombres de Ferracuti, Marc Ancel, Jean Pinatel, entre otros.

La Criminología Clínica tuvo su momento de esplendor en la revisión que se hace en el citado siglo XX de los sistemas penitenciarios puestos en pie en el siglo XIX. También le ha alcanzado la frustración que es característica de los sueños sociales que no salen del todo bien. Esta Escuela era ecléctica, en cuanto que combinaba la libertad y el determinismo, las penas y las medidas, la culpabilidad y la peligrosidad, la prevención general y la prevención especial, y valoraba la ejecución de la pena de prisión como una situación en la que el condenado continúa formando parte de la sociedad, tiene sus derechos y deberes como un ciudadano normal (aparte de los específicamente penitenciarios), debe ser objeto de un tratamiento específico dirigido, más

que por criminólogos, por expertos en las Ciencias de la Conducta orientadas al hombre delincente. La *Criminología* de Pinatel, en particular, es un libro que tuvo un gran predicamento, desde luego en la Escuela de Estudios Penitenciarios en España, hasta no hace mucho tiempo. Sus criterios son también responsables de la orientación de la Ley Orgánica y demás disposiciones penitenciarias.

La Criminología es todavía, a mi entender, una asignatura pendiente entre nosotros, minoritaria, poco abordada fuera de los círculos especializados, despreciada por el legislador y por los no iniciados. Sería bueno que en el futuro nos encontráramos en condiciones de elaborar una estadística criminal perfeccionada, ilustrativa, al día, sin contradicciones y capaz de acompañar dignamente a una explicación docente o divulgativa de la evolución de la criminalidad, así como a las propuestas legislativas o administrativas a fin de que no parezcan una simple improvisación o una medida “arbitrista” como en otras épocas. Es tal vez *conditio sine qua non* para que cambie o mejore la disposición a tomar en serio propuestas o proyectos de legislación o de organización, que con esa presentación resultarían más elocuentes. También facilitarían el conocimiento de la situación real por parte de los funcionarios de las fuerzas de seguridad o de instituciones penitenciarias que han de estar “al pie del cañón”. Y, puesto que es necesario que todos colaboremos en las obras de todos, también unas estadísticas bien realizadas y difundidas podrían contribuir a un cambio espectacular en la actitud del ciudadano medio (que, en ésta y otras esferas de conocimiento, como en el poema de Antonio Machado, “desprecia cuanto ignora”), ayudándole a comprender el fenómeno de la delincuencia y cuánto se puede contribuir desde todos los estamentos a la lucha contra el mismo. Y, una vez superado este primer paso, que contribuiría al prestigio de la Criminología, y de sus objetivos y funciones, vendría el retomar con los debidos asesoramientos, no la introducción porque ya está introducida, pero sí el aseguramiento de la participación creciente de la Criminología y de sus profesionales en todos los estadios del Derecho penal, desde la preparación de las normas hasta la ejecución de las sentencias y el tratamiento postpenitenciario.

III. REGULACIÓN VIGENTE

3.1. Ley Orgánica General Penitenciaria

La LOGP fue la número uno de las *leyes orgánicas* (categoría creada por la Constitución de 1978) que se promulgó con carácter de tal. (Ya se sabe que la finalidad de estas leyes orgánicas era obtener una mayoría reforzada por medio del consenso, que hiciera igualmente necesario el consenso para la derogación o modificación de normas de especial intensidad). De otra parte, es casi la primera vez en España que la materia penitenciaria en su conjunto se regula por una Ley y no por una Ordenanza o un Reglamento, adquiriendo de esta forma el reconocimiento de que la normativa penitenciaria incide sobre los derechos fundamentales de la persona. Por último, la elaboración y entrada en vigor de esa disposición marcó para siempre la juventud o la madurez de los miembros de la generación que puso “manos a la obra” en la reforma penitenciaria. Se ha dicho que el éxito de esta disposición se manifiesta, sin necesidad de otros argumentos, cuando se piensa en que ha formado parte del ordenamiento español durante más de 25 años sin sufrir prácticamente ninguna reforma y desde luego ninguna reforma de fondo.

La Ley de 1979, por la fe ciega o vidente de sus redactores, consagra desde luego la existencia del *tratamiento penitenciario*, de su carácter esencial de núcleo de la vida penitenciaria de los internos, de su concepción científica, de su dirección por grupos de expertos en las Ciencias del Hombre o de la Conducta. Por eso, la exposición de motivos (quinto párrafo) de la LOGP dedica una amplia referencia al tratamiento reformador, al considerar que la finalidad resocializadora de la pena (la más importante de las finalidades desde una perspectiva constructiva) exige un régimen jurídico “encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad”, de donde viene “la necesidad de contar con la cooperación de las Ciencias de la Conducta para establecer el *tratamiento reformador* más apto para la personalidad de cada penado”.

El párrafo séptimo de la misma exposición de motivos es más significativo: “La sanción de privación de libertad se concibe como *tratamiento*, esto es, como actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, mediante la utilización de los métodos científicos adecuados. El tratamiento no pretende consistir en una modificación impuesta de la personalidad del hombre, sino en *una puesta a disposición del mismo de los elementos necesarios para ayudarle a vivir fecundamente su libertad*. En consecuencia, el tratamiento será programado, individualizado y voluntario, llamado a desempeñar un papel cada vez más intensamente protagonista, en el marco de un sistema penitenciario “progresivo”, dotado de una flexibilidad que lo aleje de los precedentes clásicos, aproximándolo a lo que podría denominarse “un sistema de individualización científica”. Como se ve, el lenguaje penitenciario ha adquirido mayor complejidad y empaque.

Las afirmaciones transcritas han llegado a constituir entre nosotros valores entendidos, afirmaciones coloquiales, donde no importa lo que demostraron o trataron de demostrar en su momento los protagonistas, sino la orientación teórico-práctica que había detrás de esas palabras, la fe que se ha depositado en los aludidos fines de la pena, la ilusión a raudales que oscila entre la prudencia y el desmelenamiento, la rutina establecida, la lentitud con la que esa fe prácticamente se ha ido acumulando muy despacio... El título III de la Ley, artículos 59 a 71, se refiere *exclusivamente al tratamiento penitenciario*. Veamos, en un esquema sistemático, el resumen de esos artículos de la LOGP:

- Concepto: art. 59.1
- Contenido: art. 59.2. Principio de comunidad terapéutica: art. 66. El trabajo es tratamiento: art. 26. El trabajo ocupacional puede serlo: 27.1
- Relaciones entre tratamiento y régimen: art. 71
- Caracteres: científico, global, individualizado, complejo y programado, continuo y dinámico: art. 62
- Organización y medios: art. 60. Equipos de especialistas: art. 69
- Voluntariedad y participación: art. 61 y art. 4.2
- Informe pronóstico inicial: art. 62
- Observación: art. 64. Central de Observación: art. 70
- Clasificación individualizada: art. 63. Grados: art. 72.

Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario

- Evolución y nueva clasificación: art. 65
- Informe pronóstico final: art. 67. En establecimientos de menores: art. 68
- Efectos del tratamiento en el horario (25.2), en el trabajo (28), en el uso de libros y revistas (58)
- Protección de los Jueces de Vigilancia: art. 76,2,g) y 77
- Tratamiento de los excarcelados: art. 75.2

A los efectos de esta ponencia, lo más relevante es la consideración del tratamiento como actividad *científica*, dirigida por expertos (preferiblemente funcionarios a personal contratado) y orientada por la aplicación metodológica de los principios propios de las Ciencias del Hombre, que, en conjunto y en cuanto a su aplicación al conocimiento de la persona humana, de sus desviaciones y de los modos de influir sobre la misma, es o sería o habría de ser objeto preferente de la Criminología Clínica. En este sentido en España han sido siempre muy estimadas las publicaciones de Di Tullio, Pinatel, Ferracuti..., en general de fácil comprensión para un lector español, fáciles de adaptar a nuestra realidad social y administrativa, y de integrar en sus esquemas la manera de proceder correctamente de nuestro sistema penal y de nuestra Administración de Justicia. Es de justicia recordar aquí los nombres de algunos criminólogos españoles que han prestado una atención especialísima al mundo de la criminalidad y a los ordenamientos penal y penitenciario: Beristain, Serrano Gómez, García Pablos de Molina, Díez Ripollés, Garrido Genovés, Redondo Illescas, además de Jesús Alarcón Bravo y la larga lista de psicólogos y sociólogos integrados en los Cuerpos de Instituciones Penitenciarias, que, con una formación más moderna, han sustituido los estudios teóricos propios de una época ya pasada de nuestra historia penal y penitenciaria por investigaciones precisas y cada vez más técnicas, y han relegado un tanto el término equívoco de *tratamiento*, prefiriendo en su lugar el más exacto de *intervención*.

Hubo sus dificultades. Como adelanté más arriba, en la práctica, a la Criminología Clínica, como a otras actividades relacionadas con la Administración de Justicia o la persecución del delito, se les ha reprochado el (ab)uso de la ciencia para dominar, manejar, cosificar y anular la dignidad inherente a la persona humana respecto de aquellos a quienes se les ha aplicado un tratamiento bajo forma de interrogatorio coactivo o creando procedimientos aversivos para vincular las respuestas a un resultado de dolor o de doblegamiento de la mente y de la conciencia del sujeto (ejemplos: *La naranja mecánica*, *Alguien voló sobre el nido del cuco*). Aceptando también nosotros la *memoria histórica*, hemos de reconocer el peligro pero también la falta de correlación necesaria entre el uso de procedimientos científicamente dirigidos y la violación de los derechos fundamentales de la persona, límite esencial de todo método científicamente legitimable como exige el artículo 60.2 de la LOGP.

También tiene ventajas el empleo de los métodos a los que vengo haciendo referencia, respetando en todo caso los límites jurídicos y morales requeridos. Por una parte, tales medios de tratamiento pueden tener la ventaja sobre criterios usuales y empíricos de favorecer el desarrollo de la personalidad del interesado, un bien irrenunciable de acuerdo con el artículo 25.2 de la Constitución española. En cierto

modo, también los términos empleados pueden suscitar el respeto que suscitan las “divinas palabras” de las que hablaba Valle Inclán, pero veamos qué hay detrás del espejo. Si creemos que sólo cabe aplicar un tratamiento *científico*, y los expertos o los recursos son pocos en el mundo penitenciario, con independencia de las posibilidades de éxito que tenga ese tratamiento, estamos impidiendo aquellas otras posibilidades que puedan tener humanamente lugar (no hay por qué rechazarlo *a priori*) al margen del tratamiento científico, y esta reflexión también es de ámbito internacional.

Pero yo entiendo que, como *lo que no está prohibido está permitido* (Jardiel Poncela, más fino, decía que en España lo que no está prohibido es obligatorio), nada nos impide interpretar que, junto a las áreas de tratamiento que requieren una formación especializada para su gestión, hay innumerables zonas en las que se puede conseguir una facilidad o un remedio parcial para los problemas del condenado que se pueden poner en funcionamiento acaso solamente con un gesto de amistad y de apoyo, o con un mínimo sentido común, y que también conducen, aunque con tintas tal vez menos intensas, a la reeducación y reinserción social de los así tratados. Que lo llamemos igualmente *tratamiento* o no, es secundario. Si predominan la buena fe y la buena voluntad, tiene que producirse un avance –incluso no constatado– en el acercamiento a la familia y a la sociedad. Naturalmente, hay que insistir en que lo que procede es una *oferta* de medios (científicos o no) útiles para ser aceptada voluntariamente por el interesado, no una imposición. Por eso, la negativa ni puede dar origen a responsabilidad disciplinaria, ni a privación de derechos, ni a malos tratos físicos o morales sobre el interno *rebelde*.

Ahora bien, ruego que adoptar un concepto más vulgar y flexible de tratamiento que no sea el estrictamente científico no se interprete como un ejemplo más de la estrategia consistente en que, *si Mahoma no va a la Montaña, se pague el viaje de la Montaña hasta Mahoma*, porque de hecho la Montaña podría llevar su pan debajo del brazo, en cuanto que la ampliación de modos de relación con el interno y sus efectos positivos podrían representar ampliaciones en los beneficios aplicables y en definitiva una gran ayuda en la rapidez para excarcelar antes a los ingresados en los establecimientos penitenciarios. Cuantas más actividades merezcan la consideración, sea en sentido estricto, indirecto o figurado, de *tratamiento*, o al menos produzcan los mismos efectos, más posibilidades de ayuda puede tener el condenado, y más expectativas de buen orden la Administración penitenciaria. En este sentido se van a orientar precisamente las reformas posteriores de nuestro ordenamiento.

3.2. Reglamento penitenciario de 1981

En principio, su título IV, *Del tratamiento penitenciario*, reproduce casi al pie de la letra los artículos que comprende el título III de la LOGP. Con ello, el legislador se muestra prudente y avisado, pues, a pesar de la oposición de los Altos Tribunales a que las normas reglamentarias reproduzcan el contenido literal de los artículos de la Ley que desarrollan, se sigue pensando que ofrecer “en un solo cuerpo” al administrado el texto íntegro de la Ley y del Reglamento relativos a una misma materia, englobando el contenido de los artículos de la Ley en los artículos del Reglamento, facilita el conocimiento inmediato de la realidad normativa. Por lo demás, es obvio que las normas refundidas conservan su eficacia específica, de rango de ley o de

rango de reglamento, y que es un peligro imposible el a veces denunciado de que la refundición de normas de distinto rango podría interpretarse como una rebaja del mismo en las legales o una elevación en las reglamentarias, actuando la Administración *como si* los preceptos de la Ley se hubieran *deslegalizado* y perdido eficacia al ser acogidos por la norma reglamentaria. Me parece que es una alarma innecesaria: el principio básico consiste en que cada norma conserva su jerarquía original a menos que se haya producido un cambio amparado formal y expresamente por la norma de mayor rango formal, de lo cual depende su propia eficacia, y no tienen por qué producirse confusiones en la práctica administrativa.

Los artículos 237 a 273 del Reglamento de 1991 (elaborado en parte por las mismas personas que fueron responsables de la redacción de la LOGP) regulan idénticos temas que los que ya conocemos por el apartado 3.4 anterior, y añaden algunas cuestiones nuevas: ampliación de las normas relativas al consentimiento voluntario del interno al tratamiento, en el sentido de que (como en la Ley General de Sanidad) deberá ser informado de los resultados de la exploración y de que el rechazo voluntario del tratamiento no ha de tener “consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado de tratamiento” (art. 239.4); ampliación de las normas relativas a la individualización del tratamiento, explicitando las cuestiones que habrán de tenerse en cuenta para la clasificación del interno, incluyendo elementos objetivos, como la duración de la pena, el medio al que retornará el condenado y las facilidades y dificultades existentes en cada caso para el buen éxito del tratamiento (art. 241); refutación detallada del modelo de propuesta de clasificación, que incluye los antecedentes penales (art. 242); flexibilidad del plazo de que dispone el Equipo Técnico para elevar las propuestas de clasificación (art. 243), organización del tratamiento en los Centros Especiales (peligrosidad extrema o inadaptados) (art. 246), propuesta de clasificación en tercer grado y efectos de la fuga (arts. 252 y 253).

Encuentro dignos de ser resaltados sobre todo dos temas: el primero es la falta de efectos negativos de la voluntad del interno de aceptar y colaborar con el tratamiento, principio aplicado en la vida cotidiana para todos aquellos que rechacen dicho tratamiento. Hay un doble fundamento y me parece razonable: a) de una parte, la experiencia demuestra que los tratamientos médicos y psicológicos no son eficaces si el interesado no quiere y colabora, dentro o fuera del ámbito penitenciario; b) de otra parte, se trata de proteger la libertad del recluso incluso más allá de sus propias convicciones. La recomendación me parece certera. Sin embargo, yo diría que el precepto legal peca un tanto por exceso o por silencio, pues, si en ocasiones un determinado tratamiento puede ayudar a mejorar las reacciones del interno y el aprovechamiento de las ventajas que se le ofrecen, dando lugar a un beneficio determinado, entonces, si se quiere beneficiarle al máximo, hay que plantearle la dualidad: si se somete a la medida indicada, será progresado de grado o recibirá un permiso de salida o lo que sea; si no acepta lo que le es ofrecido y que puede beneficiarle, no será progresado de grado ni recibirá un permiso, etc. Si no recibe de buen grado lo que puede beneficiarle, bien está que el interesado no sea castigado disciplinariamente ni siquiera objeto de un gesto de repulsión, porque la libertad es un derecho fundamental proclamado en la Constitución, pero, como aceptó decir “no”, no le pueden beneficiar las consecuencias positivas que se hubieran deducido de haber dicho “sí”, y no se diga que esto es ilegal porque al interno se le está forzando por parte de la Administración. Si ésta quiere urgir al interesado y él pretende no comprometer su

voluntad y rechaza lo que se le sugiere, entiendo que no puede y sería injusto que recibiese el beneficio para el cual era imprescindible que hubiera accedido a lo que se le indicó. Igual se funciona en la vida libre. Conceder lo no merecido, a pesar de haber sido ofrecido, es lo que constituiría una discriminación inaceptable. Y si, por casualidad, que el interno dijera que no a la medida o acto tratamental que se le ofrece, pudiera causar algún perjuicio a tercero, naturalmente, el interno en cuestión estaría obligado a indemnizar. La responsabilidad civil cada vez es más objetiva y resulta compatible con los demás tipos de responsabilidad, con la falta de culpabilidad o con la concurrencia de alguna causa de justificación, como el estado de necesidad o el ejercicio legítimo de decisiones concernientes al acervo jurídico del actor.

IV. HACIA UN RÉGIMEN MÁS FLEXIBLE

4.1. Reglamento penitenciario de 1996

Las circunstancias que determinaron la redacción del Reglamento de 1996 son originales, pues se parte de una proposición no de ley del Congreso de los Diputados, que encomienda a la Administración una regulación precisa del régimen jurídico de los internos llamados FIES (respecto de los cuales la doctrina ha criticado supuestas infracciones del principio de legalidad) y que se incluya esa regulación en el Reglamento Penitenciario (de 1981). El resultado de la proposición es que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias nombra sucesivamente dos Comisiones de expertos que culminan la redacción de un nuevo Reglamento (promulgado en 1996), en el cual no se dice una palabra de los FIES. Tampoco se aprovecha la ocasión para haber incorporado al Reglamento lo que mereciere la pena de las Circulares e Instrucciones de la Dirección General, pues, como es sabido, tales disposiciones son numerosas y con frecuencia caen en el vicio de regular materias de fondo que constituyen derechos subjetivos de terceros, lo que no es admisible, porque las Circulares e Instrucciones no pueden exceder de dar órdenes para el funcionamiento del servicio, como normas de rango inferior que son y preceptúa la *Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común*. A pesar de que el nuevo Reglamento Penitenciario contiene algunas previsiones encaminadas a racionalizar el tema de las Circulares, se siguen regulando, por las mismas, cuestiones de fondo. (Y las Circulares de la Secretaría de Servicios Penitenciarios, de la Generalidad de Cataluña, hacen lo propio y tranquilidad absoluta). El problema de la legalidad y de la jerarquía normativa de las Circulares penitenciarias no ha sido abordado ni por los Jueces de Vigilancia ni por la Jurisdicción contencioso-administrativa, hasta ahora.

La redacción del nuevo Reglamento Penitenciario fue aprovechada, en cambio, para regular algunos temas con criterios más novedosos y flexibles, teniendo en cuenta la experiencia acumulada de casi veinte años de reforma penitenciaria y las orientaciones más razonables que en torno a cuestiones esenciales presentaban las últimas revisiones de las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de las Naciones Unidas, y de las Reglas Penitenciarias Europeas*, formuladas por la Unión sobre la base de las Reglas de las Naciones Unidas, pero completándolas y mejorando su redacción desde el punto de vista del interés del condenado y bajo la perspectiva de continuar defendiendo la finalidad de prevención especial positiva (*corrección*

ción, reeducación, reinserción social, resocialización) como la fundamental de las penas privativas de libertad. Tradición en cuanto a los fines esenciales y los principios generales que disciplinan la pena de prisión (no de *cárcel*)³, y modernidad en cuanto a los medios y métodos empleados. Lo que no se ha hecho, sin embargo, ha sido seguir la sugerencia de Alejandro del Toro, que, a raíz de la promulgación de la LOGP, consideraba legalmente imprescindible incluir expresamente, al menos en el articulado del Reglamento, la lista exhaustiva de “*métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales*” a los que se refiere el artículo 62 c) de aquélla. No habiéndolo hecho antes por razones obvias, menos cumple hacerlo ahora en que el tratamiento pierde empaque y se vulgariza y adquiere un carácter más bien difuso.

La exposición de motivos del Reglamento de 1996, más amplia que la de la Ley, dedica una serie de compases majestuosos y retumbantes al tratamiento penitenciario y sus bondades, afirmando en el tercer párrafo (parte I): “*Es en el aspecto de la ejecución del tratamiento... donde se encuentra el potencial más innovador para que la Administración penitenciaria pueda mejorar el cumplimiento de la misión de preparación de los reclusos para la vida en libertad que tiene encomendada, cuya consecución exige ampliar la oferta de actividades y de programas específicos para los reclusos, potenciando las prestaciones dirigidas a paliar, en lo posible, las carencias y problemas que presenten los internos...*” Y en el penúltimo párrafo del mismo apartado de la exposición de motivos el Reglamento va derecho al tema que nos interesa en el día de hoy: “*El nuevo Reglamento Penitenciario incorpora a su texto los avances que han ido produciéndose en el campo de la intervención y tratamiento de los internos, consolidando una concepción del tratamiento más acorde a los actuales planteamientos de la dogmática jurídica y de las Ciencias de la Conducta, haciendo hincapié en el componente resocializador más que en el concepto clínico del mismo. Por ello, el Reglamento opta por una concepción amplia del tratamiento, que no sólo incluye las actividades terapéutico-asistenciales, sino también las actividades formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas y deportivas, concibiendo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de su personalidad, dotándole de instrumentos eficientes para su propia emancipación.*”.

El cambio de perspectiva en cuanto al concepto y contenido del tratamiento continúa en el párrafo sexto (apartado II-b) y décimo (apartado II-d) de la misma exposición de motivos. Dice la primera cita acotada: “*La utilización generalizada de los instrumentos de diseño y ejecución del tratamiento implica una mayor potenciación y diversificación de la oferta de actividades, para evitar que dichos instrumentos queden vacíos de contenido, dinamizándose la vida de los centros penitenciarios que, sin perjuicio de sus funciones custodiales, se configuran como un auténtico ser-*

³ Es llamativo el cariño por la palabra “*cárcel*” que existe, tanto en los medios de comunicación y en el público en general, como entre los mismos operadores jurídicos, sean profesores, jueces, fiscales o abogados en ejercicio. No cabe duda de que aquí la expresividad con que se pronuncia y hace retumbar el acento en la palabra “*cárcel*” no acompaña, en cambio, a la palabra “*prisión*”, más apagada aunque sea palabra aguda. Sin embargo, el *nomen iuris* de la pena es precisamente el de “*prisión*” y el principio de legalidad nos debería obligar a decirlo así. La “*cárcel*” no existe en nuestro lenguaje legal, penal o penitenciario; históricamente, no era tanto la detención preventiva cuanto el lugar o edificio donde se cumplía aquélla (algo así como el jail de las películas del Far-West). Las cárceles dependían administrativamente de los ayuntamientos y no del Estado, como los posteriores *depósitos*, pero, como anécdota, es suficiente.

vicio público dirigido a la resocialización de los reclusos.”. La segunda de las aludidas citas tiene en este momento menor importancia, porque no se trata de una declaración general sobre el tratamiento penitenciario en la nueva concepción, sino que se limita a afirmar que, respecto de los que se encuentren en régimen cerrado o cumpliendo sanción de aislamiento en celda, “*En cualquier caso... se realizan actividades programadas para atender las necesidades de tratamiento e incentivar su adaptación*” a las situaciones de referencia y dentro de las limitaciones que les son inherentes.

La regulación reglamentaria, a la luz de esa nueva perspectiva de la que se hace eco la citada exposición de motivos, se encuentra en el título V, *Del tratamiento penitenciario*, del nuevo Reglamento. El capítulo I, *Criterios generales*, comprende los artículos 110 a 112, y el capítulo II, *Programas de tratamiento*, los artículos 113 a 117. El artículo 110 relaciona los *Elementos del tratamiento*: diseñar programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, utilizar programas y técnicas de carácter psicosocial, potenciar y facilitar los contactos del interno con el exterior, contando con los recursos de la comunidad. El artículo 111 se refiere a las *Juntas de Tratamiento y los Equipos Técnicos*, y prevé la colaboración de todos los funcionarios públicos para lograr programas de tratamiento eficaces, así como la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones públicas y privadas. El artículo 112 insiste en el conocido problema de la participación del interno en el tratamiento, y en el principio de que el interno que no colabore o acepte participar en las técnicas de estudio de su personalidad no puede ser objeto de consecuencias disciplinarias o de regresión de grado. Como se ve, se ha aprovechado con tenacidad la oportunidad de matizar, aclarar, precisar o hacer más flexible el lenguaje de la Ley.

Lo mismo sucede con los artículos siguientes. El artículo 113 se refiere a las *actividades de tratamiento*, que se desarrollarán en los establecimientos o fuera de ellos y teniendo en cuenta los recursos existentes en la comunidad. El 114 regula las *salidas programadas*, el 115 los *grupos en comunidad terapéutica*, el 116 los *programas de actuación especializada* (drogodependencias, delitos contra la libertad sexual), y el 117 las *medidas reglamentarias para la ejecución de programas especializados para penados clasificados en segundo grado*, que no ofrezcan riesgo de quebrantamiento de condena. Debe ponerse de relieve que, conforme a la nueva orientación, bajo el título del Reglamento relativo al tratamiento se regulan también las siguientes materias: formación, cultura y deporte, y trabajo penitenciario. No voy a discutir hasta qué punto la educación y el trabajo son elementos de tratamiento o no, pero, a mi juicio, no en todos los casos ambas actividades persiguen el desarrollo de la personalidad del interno, porque no lo necesita, y su objetivo, siendo necesario, es meramente conservador. También podrían haberse incluido en relación con la reinserción social algunos aspectos de los tratamientos médicos y de las relaciones de los reclusos con el exterior, pero es razonable no fragmentar los temas entre varios títulos o capítulos de la norma, lo que haría muy incómodo el manejo de la misma.

Con carácter complementario (porque simplificar la comprensión de lo que es tratamiento no significa disminuir la lista de temas que integran el mismo, ya que las decisiones a tomar están en función de la actitud y los logros de los internos en materia de reeducación y reinserción social), el estudioso ha de examinar los siguientes artículos del Reglamento penitenciario de 1996:

- * Clasificación: 100-102
- * Régimen de los establecimientos abiertos, ordinarios y cerrados: 80.4, 83, 84, 91, 94
- * Permisos de salida: 154-162. Salidas del establecimiento (86). Salidas de fin de semana (87). Salidas programadas (114).
- * Beneficios penitenciarios (203). Referencia a la libertad condicional, de la que hay ahora siete regímenes diferentes.
- * Juntas de Tratamiento: 272-273
- * Formas especiales de ejecución: 163-191

En conclusión: comienza el deshielo, quiero decir, la ruptura de la comprensión científico-clónica del tratamiento como única orientación posible. Cualquier cosa es tratamiento si ayuda a los fines de la pena. Y, si no hacen falta expertos de preparación científica para estas actividades más simples, sino solamente “mano izquierda” o capacidad de entendimiento con buena fe, cordialidad y solidaridad, los problemas tradicionales sobre dificultades y obstáculos, a los que aludí antes, vinculados a los medios económicos y el personal científicamente preparados, se van a caer o reducir consecuentemente. En cierto modo, estamos repitiendo la paradoja de *Mahoma y la Montaña* (dicho sea en broma): si no hay medios para organizar respecto de todo recluso un tratamiento científico, *descientificamos* el tratamiento, declaremos que en todo caso los derechos humanos de los internos quedan garantizados, afirmemos la importancia de un trato humano y sonriente, y sigamos adelante tan ilusionados. *Debo decir que a mí personalmente esta conclusión no me disgusta, y que en el contexto de la normativa penitenciaria, puede ser una decisión útil y satisfactoria, pero quede también claro que ésta no es una decisión de naturaleza jurídica, ni tampoco científica, sino meramente política.* Tampoco ésta es una valoración excluyente o peyorativa, pero que *cada palo aguante su vela. A veces es verdad que las cosas son como son y no ganaríamos nada disimulándolo.*

4.2. Anteproyecto de reforma de la LOGP (2005)

La Dirección General de Instituciones Penitenciarias encomendó a una Comisión de expertos *ad hoc*, presidida por quien tenía un *curriculum* más adecuado para hacerlo, la redacción de un *Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979*, que quedó entregado con fecha 6 de junio de 2005. No era intención del Gobierno cambiar drásticamente una Ley que, vigente ya durante 25 años, no ha necesitado ninguna modificación esencial para seguir cumpliendo su papel de guión de actividades para las Administraciones y los funcionarios penitenciarios y estatuto de los derechos y deberes de los internos, junto con las garantías de su cumplimiento, entre las cuales destaca la implantación en España de la *Jurisdicción de Vigilancia*, que desde un principio (1981) se reveló perfectamente sintonizada con la función encomendada. No obstante, dado el tiempo transcurrido, era por lo menos conveniente realizar una nueva lectura de la LOGP para actualizar su contenido, añadiendo o suprimiendo lo que durante estos años se

hubiera revelado que faltaba o que sobraba, teniendo en cuenta la experiencia penitenciaria, los cambios doctrinales y las nuevas tendencias de las instancias internacionales, más orientadas hacia los pequeños éxitos prácticos que hacia las grandes construcciones sistemáticas. En ese contexto, era más que conveniente que los cambios de orientación del Reglamento de 1996 en relación con el tratamiento o con otras cuestiones penitenciarias (por ejemplo, la clasificación de los centros) se incorporaran a la Ley para que no cree o deje de crear dificultades el hecho de que el Reglamento desarrolla novedades, si no *contra* la Ley, al menos *fuera de la ley*, lo que no es desde luego recomendable. El segundo párrafo del apartado I de la exposición de motivos lo afirma paladinamente: “*Se ha efectuado un proceso de relectura de esta Ley... para reafirmar la vigencia del principio de legalidad respecto de aquellos ámbitos en los que la práctica penitenciaria, y también el Reglamento de 1996, han ido abriendo en los últimos tiempos caminos útiles, pero no imaginados por el Legislador de 1979.*”.

Sobre la cuestión concreta objeto de esta ponencia, la exposición de motivos del Anteproyecto es muy escueta (apartado III-ñ): “*Se diversifica el contenido del Título destinado al tratamiento penitenciario, separando lo estrictamente tratamental (desvinculado ahora de sus aspectos clínicos), de la clasificación penitenciaria en grados, en cuyo ámbito se redimensiona el principio de individualización científica y se da cobertura legal al principio reglamentario de flexibilidad (artículo 72).*”.

Las modificaciones del articulado afectan a todos los artículos del título destinado al tratamiento (arts. 59-72):

- El nuevo art. 59 define el tratamiento como “el conjunto de *actuaciones basadas en las ciencias sociales y de la conducta* directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”. Las palabras en cursiva, que son nuevas, añaden el matiz de explicar en qué se basan las actividades o actuaciones reeducadoras, pero quizá, precisamente ahora, sea discutible circunscribir esa base a las ciencias. Quedamos en que el tratamiento penitenciario se expansiona en grado sumo.
- El nuevo art. 60 reproduce y *legaliza* el art. 110 del Reglamento de 1996.⁴
- El nuevo art. 61 matiza la cuestión del libre consentimiento del penado en su tratamiento, al indicar que la participación se plasmará en un *acuerdo-programa*. La negativa no puede tener consecuencias regimentales ni disciplinarias. “*Para*

⁴ La manía, injustificable, de promulgar reglamentos que, al desarrollarla, contradicen lo dispuesto en la Ley que desarrollan (o en alguna anterior) parece típicamente celtibérica. El ejemplo más patente y de más larga duración fue el adelantamiento de la libertad condicional de los septuagenarios y de los enfermos incurables, establecido durante la II República por una norma administrativa, en contradicción palmaria de lo dispuesto en el Código penal. Pero, posteriormente, el franquismo decidió mantener esa regulación, y más tarde el régimen democrático, alegando razones de humanidad comparada entre los grupos políticos correspondientes, llegándose a formular el principio, acogido por los JVP, de que, en materia de ejecución penal, el tradicional principio de legalidad se había de sustituir por el principio de humanidad. (¿Cuándo tan fácil hubiera sido incorporar el correspondiente precepto al Código penal en cualquiera de las numerosísimas reformas que ha padecido en sesenta años, legalizando de esa manera las normas reglamentarias!, pero tiene sin duda más morbo aplicar una norma ilegal, justificando al más alto nivel jurídico la licitud de su aplicación, que respetar algo tan fácil como el principio de legalidad penal. Spain is different, sin duda... Espero que la contradicción que existe ahora entre la LOGP de 1979 y el Reglamento de 1996 no vaya a durar otros sesenta años, pero, claro, todo depende de la rapidez o lentitud con que la oportunidad política aconseje remitir al Parlamento el (ante)proyecto de modificación de la LOGP preparado ya en junio de 2006.

Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario

que se pueda propugnar la adecuada rehabilitación psicosocial y su reinserción en la sociedad, cada interno deberá seguir los procesos o itinerarios personales necesarios, a lo largo del cumplimiento de la condena” (apartado 3).

- El nuevo art. 62 repite los principios del tratamiento penitenciario (científico, diagnóstico y pronóstico, complejo, integrado, global, individualizado, continuo y dinámico, participativo), pero con distintas palabras, que tienden a *quitar solemnidad* al tema. Así, por ejemplo, el primer principio no estará basado en el *estudio científico* de la persona, sino “*en el estudio realizado por los especialistas de los factores de riesgo individuales, ambientales y sociales del sujeto que se identifiquen como circunstancias determinantes de su comportamiento delictivo.*”.
- El nuevo art. 63 repite los criterios para la clasificación del penado después de la observación y agrupa en un solo artículo los criterios para la clasificación en primero, segundo y tercer grado.
- El nuevo art. 64 regula la *actividad penitenciaria con los preventivos*, y, así como antes el tratamiento para los preventivos era incompatible con el principio de presunción de inocencia, ahora se propugna el “*ofrecimiento de programas de ayuda que se estimen más eficaces para mejorar sus carencias en aspectos sanitarios, educativos, formativos y laborales.*”.
- El nuevo art. 65 sigue regulando la *revisión de la clasificación inicial y la progresión y regresión de grado*, sin grandes novedades.
- El nuevo art. 66, dedicado a los *programas de actuación especializada y formas especiales de ejecución*, repite prácticamente el apartado 1, dedicado a la comunidad terapéutica, pero son nuevos los apartados 2 y 3, que definen, como *formas especiales de ejecución*, las siguientes: unidades de madres, dependientes, mixtas, extrapenitenciarias y psiquiátricas, y los programas relacionados con las drogodependencias, las formas de delincuencia especialmente violenta y agresiva, las de violencia de género, contra la libertad sexual y los demás que se establezcan. Era una regulación necesaria.
- El art. 67 se mantiene.
- En el nuevo art. 68, se suprime el segundo párrafo, destinado a los establecimientos para menores de 21 años, en armonía con la existencia de una Ley específica para regular la responsabilidad penal de los menores, actualmente en trance de modificación, que podría extenderse a los comprendidos entre los 18 y los 21 años si prospera alguna de las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados.
- El nuevo art. 69 regula igualmente los *equipos multidisciplinares*, pero precisa la naturaleza de sus componentes: juristas, psicólogos, educadores, trabajadores sociales, criminólogos, profesionales de las ciencias sociales y de la conducta (no se especifica cuáles son), médicos y psiquiatras. Se mantiene la colaboración de los ciudadanos y de las instituciones públicas y privadas en las actividades de tratamiento.
- El nuevo art. 70 regula la *Central Penitenciaria de Observación*, para que desempeñe unas funciones muy parecidas a las actuales, pero estructurada como “un grupo de especialistas”, que completarán la labor de los equipos técnicos e informarán al Centro Directivo, no como un establecimiento distinto de los demás.

- El nuevo art. 71 se refiere a la *coordinación entre el régimen y el tratamiento* en forma prácticamente análoga a la actual, pero precisando que todos los servicios deben actuar *coordinadamente* en el establecimiento, en el ejercicio de sus correspondientes funciones y responsabilidades.
- El nuevo art. 72 repite la estructura del *sistema de individualización de la ejecución penitenciaria*, que dudosamente se sigue llamando científica (¿?), define las características de los regímenes ordinario, abierto y cerrado; *legaliza* el principio de flexibilidad, y sobre todo regula minuciosamente la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento, exigiéndose un período de seguridad y el *esfuerzo reparador* del penado para hacer frente a las responsabilidades civiles, así como el abandono de los fines, medios y organizaciones terroristas para quienes hubieran cometido este tipo de delitos (especialmente execrables, también en los ámbitos internacionales, aunque el Gobierno español actual parece haber tomado, en este particular, el rábano por las hojas y estar dispuesto a comerse el rábano), todo ello de acuerdo con las reformas de las leyes penales promulgadas en la segunda mitad del año 2003, en aquellos años en los que el PP y el PSOE andaban a veces de acuerdo.

4.3. Criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia

Los Jueces de Vigilancia también han abordado, aunque no de forma extensa, el problema de cambio de rasgos del tratamiento penitenciario. En el texto refundido de los “*Criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia*”, actualizado por el Consejo General del Poder Judicial a 1 de enero de 2006, se recogen dos únicos Criterios referidos al “Tratamiento penitenciario”, con los números 116 y 117, que son del siguiente tenor:

Número 116.- Tratamiento penitenciario: potenciación de los medios y recursos destinados a estas actividades.

Se insta de la Administración penitenciaria la potenciación en la mayor medida posible de los medios y recursos dedicados a tratamiento penitenciario, que es el conjunto de actividades directamente encaminadas al fin constitucional de la reeducación y reinserción social de los condenados (art. 59 de la LOGP) y que por ello tienen siempre preferencia sobre las actividades de régimen (art. 71 de la misma ley). (Aprobado por unanimidad).

Motivación: *Se trata únicamente de llamar la atención del Poder Ejecutivo sobre la importancia del tratamiento penitenciario, que es el conjunto de actividades desarrollado en los establecimientos más directamente encaminado a conseguir la finalidad exigida por la Constitución a las penas privativas de libertad, y de aquí que se haga hincapié en la necesidad de arbitrar los medios y recursos necesarios, incluso con preferencia a los medios y recursos destinados a otras actividades, que legalmente son secundarias respecto del tratamiento. Debe reconocerse que, desde la promulgación del Reglamento penitenciario de 1996, el ordenamiento español está intentando hacer más “flexible” el concepto de tratamiento, a fin de que no sólo comprenda las actividades clínicas a las que se refiere la LOGP, sino todo tipo de activi-*

dades, por poco técnicas que sean, que representen algo favorable para el interesado. (Parece ser que este concepto “vulgar” de tratamiento será incorporado a la LOGP en su próxima reforma, a fin de que se puedan extender las consecuencias beneficiosas del llamado legalmente “tratamiento”).

Número 117.- Implantación de programas reeducativos

Se insta la implantación de programas reeducativos para todo tipo de actividades delictivas, especialmente programas en caso de violencia sexual y doméstica. (Acuerdo por... en la reunión de enero de 2004).

Motivación: *Con independencia de que Instituciones Penitenciarias deben establecer en cada caso programas individualizados de tratamiento, las menciones expresas en la norma de tratamientos especiales refuerzan la necesidad de atención a este mecanismo de resocialización. Lo dispuesto en el criterio de los Jueces de Vigilancia que antecede es coherente con la reciente L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre), cuya disposición final quinta insta al Gobierno a modificar el artículo 116.4 del vigente Reglamento Penitenciario para “establecer la obligatoriedad para la Administración Penitenciaria de realizar los programas específicos de tratamiento para internos a que se refiere la presente Ley.”.*

V. CONCLUSIÓN

1. El tratamiento penitenciario ha experimentado una notable evolución, en cuanto a su concepto y contenido, que también se ha registrado en la normativa española. Desconocido durante siglos, a tono quizá con una legislación penal y penitenciaria más bien cruel y partidaria de la prevención general negativa (intimidación, terror), más adecuada en la mentalidad de la época para proteger los derechos absolutos de los titulares absolutos del poder político, tiene su momento de mayor auge, concebido desde un punto de vista clínico y terapéutico, cuando en el siglo XIX se constituye la Criminología como ciencia y se entrevé la posibilidad de mejorar y de aumentar el prestigio de la ejecución de las penas de privación de libertad, concebida como procedimiento de intervención en la corrección moral, primero, y en la reinserción social, después, de los delincuentes, entendiéndose que las carencias de personalidad que motivaron su enfrentamiento con la sociedad podían ser sanables mediante la aplicación por expertos profesionales de métodos científicos tomados de las Ciencias del Hombre o de la Conducta, que también se vienen aplicando en la vida libre con la misma finalidad terapéutica.

2. De este modo, las “Ciencias” jurídicas pretendían asumir, al menos en parte, el prestigio que acompañaba socialmente a las Ciencias naturales, y se llenaban de “divinas palabras” susceptibles de producir respeto en la medida en que no fueran fácilmente comprensibles ni por los justiciables ni por los operadores del Derecho. Pero el tiempo ha vencido esa dificultad, los juristas hablan también con desparpajo del “tratamiento” sin confundirlo con el simple “trato” y, por otro lado, ha puesto de manifiesto que un tratamiento penitenciario clínico no dejaba de ser una limitación y

que una concepción amplia o moderna, social, del tratamiento permitía, de una parte, ampliar el número de actividades que podrían tener el mismo efecto beneficioso en la personalidad y en la situación jurídica del penado que las actividades de tratamiento propiamente dichas, con menos dificultades y menos recursos que los necesarios en una prisión concebida al modo de la Criminología clínica, y, de otra parte, con la posibilidad de extender su eficacia a los preventivos, para quienes el tratamiento clínico podría haberse considerado como una ignorancia del principio de presunción de inocencia, pero ofrecerles la posibilidad de actividades formativas, educativas, socioculturales, recreativas y deportivas que pueden mejorar su situación en diversos aspectos, no puede producir ningún recelo.

3. En suma, la concepción moderna del tratamiento que ya ha hecho suya el Reglamento penitenciario español de 1996, es de desear que se incorpore a la próxima modificación de la LOGP, para que se aplique en toda su extensión objetiva y subjetiva, colabore a la “desmitificación” del tratamiento clínico y a suprimir los recelos de obligatoriedad o manipulación de la mente humana que se había creado en determinados ámbitos a propósito de su naturaleza *científica*, que podía dar lugar a la aplicación de las normas jurídicas por personal no profesionalmente jurista, que por su formación podía no haber total seguridad de su actitud respetuosa o no de los derechos fundamentales de la persona humana, así como a permitir unas esperanzas de éxito en los establecimientos penitenciarios mayores que las actuales, dada la mayor facilidad de contribuir a la prevención especial sin necesidad de grandes recursos. Lo que se acaba de indicar tendrá otro efecto beneficioso, y es que, aumentando la capacidad de cualesquiera funcionarios para intervenir de alguna manera en el procedimiento resocializador, esto obligará a la Administración a intentar mejorar los conocimientos y las técnicas propias de las relaciones humanas que permitan una mayor colaboración entre funcionarios e internos y una disminución de la situación de enfrentamiento que siempre ha puesto de manifiesto la psicología social. También es muy positiva la posibilidad de que los preventivos se beneficien de las nuevas actividades resocializadoras y no se dediquen a perder el tiempo en los patios en tanto llega su condena.

4. Todo esto es muy alentador y, aunque no responde a la lógica de las Ciencias del Hombre ni a la lógica jurídica, y es únicamente consecuencia de un criterio *político* (de política criminal), que propugna la aplicación y la interpretación de las normas en la forma menos gravosa para el reo, por razones de *pietas* pero también de buena imagen del Estado en los ámbitos internacionales, suscribo al menos la conveniencia de experimentar este cambio de orientación en el sistema penitenciario español, y apoyo y deseo la rápida promulgación de la Ley Orgánica que modifique en el sentido indicado la LOGP de 1979 a fin de que no se repita entre nosotros la clásica situación de discordancia entre el contenido de la Ley y el Reglamento, pero aplicando *de facto* el Reglamento sobre la base de una pretendida inexigencia en determinadas situaciones del principio de legalidad que puede traer más males que bienes. Finalmente, sólo falta, en mi opinión, para poder inaugurar una nueva época en nuestro ordenamiento en relación con el concepto todavía sin larga tradición del *tratamiento penitenciario* y de la finalidad preventivo-especial positiva de la pena, que el Tribunal Constitucional enmiende su equivocada doctrina de negar la existencia de un derecho fundamental a la reeducación y la reinserción social, manteniendo cerrados los ojos ante la ubicación concreta del artículo 25 en el conjunto del texto y la sistemática de la Constitución española de 1978.

5. Es también muy de celebrar que los Jueces de Vigilancia manifiesten, ante la modernización del tratamiento penitenciario, la misma postura abierta y gratificante que aquí se mantiene, con lo que cabe pensar que la evolución de uno a otro concepto de tratamiento se va a llevar a cabo sin ninguna dificultad. Y quizá la mención del *tratamiento* vuelva a desaparecer de nuestro lenguaje algún día, cuando resulte superflua para subrayar la eficacia preventiva de un ordenamiento coactivo concebido sin embargo *pro reo* y no contra el justiciable. Una enseñanza, asimismo fructífera, que puede desprenderse de este modo de hacer las cosas, es que la globalización y la internacionalización, que estamos viviendo, del régimen y del sistema penal y penitenciario, puede regularse y aplicarse con las palabras más sencillas del mundo, y que está cobrando urgencia, pero que es posible, la vivencia de dicho sistema como una actividad *lúdica*, que determine la inexistencia, con todas sus consecuencias, de *vencedores* y de *vencidos*, también en este sector, que de suyo es susceptible de hacer imposible la brevedad en el ámbito de las relaciones interpersonales conflictivas y susceptibles de enfrentamiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ADELANTADO GIMENO, José: *De la resocialización a la nueva custodia*, *Anuario de Derecho penal*, enero-abril 1993, 199 ss.

ALARCÓN BRAVO, Jesús: *El tratamiento penitenciario en el primer decenio de la LOGP*, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, número extra 1, 1989, 11 ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001.

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco Javier; RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Vicente: *Reglamento penitenciario comentado*, Editorial MAD, 5.^a edición, Alcalá de Guadaíra, 2006.

BUENO ARÚS, Francisco: *A propósito de la reinserción social del delincuente*, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, número 25, 1985, 59 ss.

BUENO ARÚS, Francisco: *¿Hacia una revisión del sistema penitenciario español?* (Homenaje a Don Juan del Rosal), *Actualidad penal*, Madrid, número 48, diciembre 1992-enero 1993, 501 ss.

BUENO ARÚS, Francisco: *La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología Clínica aplicada al tratamiento penitenciario*, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, número 1215, 15 septiembre 1980, 3 ss.

BUENO ARÚS, Francisco: *La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del Derecho penitenciario*, *Actualidad penal*, Madrid, número 5, enero-febrero 1987, 233 ss.

BUENO ARÚS, Francisco: *¿Tratamiento?*, *Eguxkilore*, San Sebastián, número extraordinario 2, octubre 1989, 89 ss.

BUENO ARÚS, Francisco; CASTRO ANTONIO, José Luis; FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis; RÍOS MARTÍN, Julián Carlos: *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, doctrina*, Editorial CÓLEX, Madrid, 2005.

BUENO ARÚS, Francisco; RODRÍGUEZ SUÁREZ, Joaquín: *Apuntes de sistemas y tratamientos penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1974.

CABALLERO ROMERO, Juan José: *Dos modelos de prisión: la prisión punitivo-custodial y la prisión de tratamiento*, **Revista de Estudios Penitenciarios**, número 224-227, 1979, 45 ss.

CABALLERO ROMERO, Juan José: *La prisión orientada hacia el tratamiento: algunos de sus problemas*, **Cuadernos de Política Criminal**, número 29, 1986, 451 ss.

CLEMENTE DÍAZ, Miguel: *Fundamentos de la Psicología jurídica*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1995.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, y otros: *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis: *Temario de Oposiciones*.

GARCÍA ALBERO, Ramón; TAMARIT SUMALLA, Josep-María: *La reforma de la ejecución penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trabajo y educación en los establecimientos penitenciarios, en el libro colectivo de las II Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1986, 17 ss.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*, **Anuario de Derecho penal**, septiembre-diciembre 1979, 645 ss.

GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Reflexiones sobre el tratamiento penitenciario*, **Arbor**, Madrid, número 364, abril 1976, 99 ss.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente: *El fracaso de la rehabilitación: un diagnóstico prematuro*, **Revista de Psicología General y Aplicada**, número 178, 1982/5, 905 ss.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente: *El tratamiento penitenciario en la encrucijada*, **Revista de Estudios Penitenciarios**, Madrid, número 236, 1986, 21 ss., y 237, 1987, 119 ss.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente: *Psicología y tratamiento penitenciario: una aproximación*, EDERSA e Instituto de Criminología, Madrid, 1982.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente: *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente; REDONDO ILLESCAS, Santiago: *La intervención educativa en el medio penitenciario*, Editorial Diagrama, Madrid, 1992.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente; REDONDO ILLESCAS, Santiago; ANGUERA Y ARGILAGA: *El ideal de la rehabilitación y la intervención en las prisiones*, **Delincuencia**, número 3/3, 1991, 193 ss.

GÓMEZ PÉREZ, Jesús: *El ámbito del tratamiento penitenciario*, **Cuadernos de Política Criminal**, número 8, 1979, 65 ss.

GONZÁLEZ DEL CAMPO, Eleuterio: *El principio de flexibilidad en la ejecución penal*, **Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal**, Madrid, número IV-2003, 403 ss.

HERRERO HERRERO, César: *Tratamiento penitenciario. Institución incluíble en el ámbito de la prevención*, *Revista de Documentación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior*, Madrid, número 6, mayo-agosto 1994, 13 ss.

KAUFMANN, Hilde: *Ejecución penal y terapia social*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979.

LÓPEZ ARAUJO, José Félix: *¿Es la reeducación o la reinserción el fin primordial de la pena privativa de libertad?*, *Tapia*, 1994, 19 ss.

LÓPEZ TAJUELO, Luis Angel: *La intervención penitenciaria*, *Revista de Estudios Penitenciarios*, número 236, 1986, 73 ss.

MAPELLI CAFFARENA, Borja: *La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario*, *Eguzkilore*, San Sebastián, número extraordinario 2, octubre 1989, 99 ss.

MAROTTA, Gemma; BUENO ARÚS, Francisco: *Le basi giuridiche del trattamento penitenziario*, en: FERRACUTTI: *Trattato di Criminologia*, XI, Giuffrè, Milano, 1989, 69 ss.

MIOTTO, Armida B.: *Tratamiento de los presos provisionales*, *Anuario de Derecho penal*, septiembre 1988, 777 ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*, *Cuadernos de Política Criminal*, número 7, 1979, 91 ss.

PINATEL, Jean: *Criminología*, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974.

RACIONERO CARMONA, Francisco: *Derecho penitenciario y privación de libertad*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.

REDONDO ILLESCAS, Santiago: *Evaluar e intervenir en las prisiones. Análisis de conducta aplicada*, Editorial PPU, Barcelona, 1993.

RENART GARCÍA, Felipe: *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, EDISOFER, Madrid, 2003.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador): *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, José María Bosch editor, Barcelona, 1994.

RODRÍGUEZ ALONSO, Antonio: *Reflexiones críticas al ejercicio del tratamiento penitenciario: realidad o ficción*, *Actualidad penal*, Madrid, número 14, abril 1995, 183 ss.

SAINZ MORENO, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Cívitas, Madrid, 1976.

SANCHA MATA, Víctor: *Modelos de tratamiento, I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983, 63 ss.

SANCHA MATA, Víctor: *Tratamiento psicológico-penitenciario*, *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, 1987, 99 ss.

SEGOVIA BERNABÉ, José Luis: *Problemática en torno a la reinserción social*, en el libro colectivo *Derecho penitenciario II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, 5t45 ss.

Francisco Bueno Arús

VARIOS: *25 años de Ley General Penitenciaria*, Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias, Cáceres, 2005.

VARIOS: *El tratamiento penitenciario: recursos y necesidades*, Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias, Cáceres, 2003.

VARIOS: *La reforma penal*, número monográfico del *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, número 30, enero 2005.

VARIOS: *Lecciones de Derecho penitenciario*, Universidad de Alcalá de Henares, 2.^a edición, 1989.

VARIOS: *Tratamiento penitenciario: su práctica. Primeras Jornadas de Tratamiento penitenciario*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.