Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Doctor en Derecho
Profesor colaborador del Departamento de Derecho penal
de la Universidad de Alcalá
Jurista de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias

Ο ιπνοσ αδελφοσ του θανατου εστι
(El dormirse es hermanarse con la muerte)
ORÁCULO DE DELFOS

I. INTRODUCCIÓN

No hace mucho uno de los grandes del Derecho penitenciario contemporáneo nos recordaba la importancia de tener conciencia de que la prisión no es algo consustancial al ser humano sino que, antes al contrario, hubo un tiempo en la que no existió y probablemente llegue un momento en el que desaparezca (1). Lo que no es contingente a cualquier sociedad es el tener establecido un sistema de recompensas y castigos, pero estos últimos no han de estar necesariamente representados por la privación de la libertad ambulatoria. Y es que si los siglos XVI a XIX representan el período de nacimiento y consolidación de la fórmula punitiva que la prisión representa, el siglo XX ha sido el

(1) BUENO ARÚS, Francisco, Prólogo a TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Madrid, 1998, pp. 11 ss.

del comienzo de su crisis, y la centuria a cuyas puertas nos encontramos va a representar, mentes eclépticas, el inicio de su desmoronamiento, al menos de la forma como hoy la conocemos.

En efecto, desde que a finales del siglo XIX Ferri (2) comenzara la primera campaña contra la prisión, en su manifestación de sistema celular, y la calificase como una de las mayores aberraciones de aquel siglo, la prisión se ha ido convirtiendo en un blanco predilecto para las formulaciones críticas que se le lanzaban desde diversas direcciones. Como ya he tenido la oportunidad de escribir en otro lugar (3) varios fueron los elementos que conformaron un caldo de cultivo donde fácilmente germinaría el virus mortal que, sin duda alguna, provocará en un futuro, tarde o temprano, la transformación de esta penalidad: el abuso que de la misma se realizó desde el poder político del Estado Absoluto (lettres de cachet), la masificación carcelaria fruto del monopolio que esta pena ha tenido en todos los Códigos penales, el reconocimiento de su intrínseca nocividad... y, lo que ahora nos interesa por lo que luego diremos, el estrepitoso fracaso de los fines reinsertadores que tanto la doctrina como la legislación han atribuido a la pena privativa de libertad. A ello hay que añadir los importantes postulados ideológicos que, desde diversas orientaciones, han servido para aldabonar esta crisis: desde los anhelos de buscar no un Derecho penal mejor sino algo mejor que el Derecho penal de Gustavo Radbruch (4), hasta las posiciones del moderno garantismo penal (5), existen numerosas pruebas de ello.

Centrémonos pues, en estos dos aspectos: en el fracaso de la idea de la reinserción social y en los postulados ideológicos que sustentan la actual crisis de la idea de que el sistema penitenciario debe seguir llevando el pulso de la reacción punitiva de los Estados.

---

(2) FERRI ENRICO, *Sociología criminal*, traducción de Antonio Soto y Fernández, Prólogo de Primitivo González Alba, tomo II, Madrid, s.f., pág. 315. Hemos, no obstante, de recordar que el citado calificativo lo enunció por primera vez Ferri en 1886, en una conferencia pronunciada bajo el título *Lavoro e celle dei condannati*.

(3) TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «La crisis de la prisión: aproximación práctica a las nuevas fórmulas penológicas», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. VI, años 1996-1997, pp. 99 ss.

(4) RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, 6.ª ed., Stuttgart, 1963, pág. 269.

(5) Así Ferrajoli, pese a no renunciar a la desaparición de la pena privativa de libertad a largo plazo apuesta por una reforma inmediata que suponga la reducción de la duración de la misma a un límite máximo de diez años. *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Prólogo de NORBERTO BOBBIO. Traducción al castellano por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohíno, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Valladolid, 1995, pp. 412 ss.

II. EL FRACASO DEL TRATAMIENTO Y LA IRRUPCIÓN DE LA IDEOLOGÍA ANTIPENITENCIARIA

La idea del tratamiento penitenciario tuvo su década gloriosa en los años setenta, curiosamente cuando en Europa, y por diversos motivos en cada país, se produce una reforma de la legislación penitenciaria que lleva a que en diversos países se promulguen Leyes penitenciarias inspiradas en la idea del tratamiento penitenciario (6). En concreto, en nuestro país, estas ideas reinsertadoras conectaban con una centenaria tradición cuyo culmen lo representó el Correccionalismo, y dentro de él, y muy particularmente, el Correccionalismo de corte cristiano enarbolado por Concepción Arenal. No es el momento de pararme a profundizar sobre lo que el pensamiento de esta gallega universal supuso para el penitenciario posterior, pero simplemente hay que resaltar que tuvo sus luces y sus sombras. Sin duda alguna, su mayor logro (¡y ahí es nada!) fue el cimentar las bases de un sistema penitenciario que tuviera en cuenta, de forma prioritaria, a la persona y a su corrección, lo que sirvió para que cuando nuestra legislación (a partir de 1967) se alinease en la ideología tratamental nadie (7), o mejor dicho, casi nadie (8), se rasgara las vestiduras. Que

---

(6) *Vid.*, ampliamente, TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «Aproximación al Derecho penitenciario de algunos países europeos», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1818, 1 de abril de 1998, pp. 5 ss.

(7) Durante todo el siglo XX se ha observado en el panorama doctrinal español un progresivo aumento de los que se posicionaban por una disciplina penitenciaria reformadora que hundía sus raíces en los postulados filosóficos del Correccionalismo de Concepción Arenal, si bien allende de nuestras fronteras también encontramos referentes importantes que apuntan en esta dirección; así por ejemplo en «A manual of correctional standars» (New York, 1954) se entiende a la disciplina como el medio de desarrollar en el recluso el sentimiento de responsabilidad personal dentro de la estructura social de la que forma parte (*Vid.* Ob. cit., p. 347). Esta tendencia aperturista es patente en la doctrina española a partir de los años sesenta, pudiendo citarse en tal sentido trabajos como: CURA ARGÜESO, Federico, «Cómo debe aplicarse la disciplina en las prisiones», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 153, julio-agosto 1961, pp. 3181 ss.; FRANCO DE BLAS, Francisco, «Teoría y práctica de la disciplina en las prisiones», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 158, julio-septiembre 1962, pp. 57 ss., o RODRÍGUEZ SUÁREZ, Joaquín, «El orden de las prisiones como instrumento para una mejor reinserción social de los delincuentes», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 161, abril-junio 1963, pp. 341 ss. (esp. 344 ss). Como vemos, estos trabajos se enmarcan en una revista, que pese a ser criticada por su sentido oficialista y panfletario (*Vid.* ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988, p. 207) nos sirve para poder testar el pensamiento reformista que comenzaba a germinar. Véase, ampliamente, mi *Seguridad y Disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Madrid, 1998, pp. 170 ss.

(8) Todavía en los años sesenta se dejaba oír alguna voz recalcitrante. Así

hoy tengamos el sistema penitenciario más humano de Europa no es sino fruto de una herencia secular. Pero el cariz mojigatero que el Correccionalismo cristiano, y su exaltación por la «política criminal» franquista durante casi media década también pasaron su factura: el desafortunado eslogan penitenciario de «odia el delito y compadece al delincuente», desde el frontispicio arqueado de las viejas prisiones españolas, ha ejemplificado una filosofía de doble moral en la que el delincuente mientras está en la calle cometiendo delitos es un ser desalmado que las Fuerzas de Seguridad deben de reprimir sin tregua, pero cuando traspasa el umbral de la prisión, el delito queda en la calle y el hombre entra en el «mundo de la reinserción», donde todos lo tratarán para lograr que vuelva felizmente a la libertad y pueda llevar una vida sin delitos. Idílica idea que sólo pueden creer las mentes más ingenuas y que, en el fondo, convierte al interno en un ser minusválido y necesitado de ayuda; una pobre criatura de Dios sobre la que el Estado debe intervenir misericordemente. Por eso, a diferencia de la acogida de la idea de tratamiento, la de que el delincuente es un ciudadano que no se encuentra excluido de la sociedad, un sujeto activo dotado de derechos que puede ejercitar ante la Administración y los Tribunales, sí que ya no fue acogida en nuestro país con tanto agrado.

Decíamos que la idea del tratamiento encontró su reflejo normativo en la Europa de los setenta. Sin embargo pronto, quizás demasiado pronto, esta ideología entró en declive y los países nórdicos, sus máximos representantes, comenzaron a abandonarla. El incremento de la criminalidad de los años ochenta hizo que en toda Europa proliferaran políticas represivas que, poco a poco, acabaron por superpo-

---

CASTELLANO, Pablo, «La disciplina en las prisiones», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 156, enero-marzo 1962, pp. 89 ss, señala: «Lo primero es el orden, la disciplina; lograr el sometimiento, la obediencia y la colaboración personal, más o menos pasiva, de la materia prima que habremos de moldear. Sin disciplina nada se puede hacer. El desorden y la rebeldía, aunque sorda o latente, implican paralización del tratamiento y suponen el fracaso más rotundo» (p. 90) ... «El tratamiento debe de ser –como el régimen que tenemos implantado en España (*léase, dictadura de Franco*)– lo más amplio posible, generoso, caritativo e impregnado de un inconfundible espíritu cristiano; pero con la exigencia de una indiscutible disciplina y sometimiento por parte de los recluidos, y dentro de los límites que marca la seriedad reglamentaria. Y para esto basta con aplicar estrictamente el Reglamento. Porque si el recluso ve que se mima con exceso y se accede a todas las peticiones y deseos, empieza a crecerse y termina por hacerse ingobernable. No concibe tampoco la bondad desinteresada de sus jefes y por todas partes ve derechos imaginarios que exigirá con despotismo. Lo conocemos por larga experiencia. Aún recordamos con horror aquellos tiempos de la República. Cualquier delincuente habitual, tan pronto como ingresaba en prisión, se convertía –según frase de aquella época–, en Su majestad el Recluso, ente ingobernable e insaciable de unos derechos y prerrogativas que él mismo se inventaba. Aquello fue fruto de una descabellada demagogia gubernamental» (pp. 93 ss).

nerse al tratamiento penitenciario. Aunque en la letra legal la prisión está para corregir, lo realmente importante es contener: se potencian los servicios de interior, las circulares e instrucciones versan sobre medidas regimentales, los profesionales del tratamiento se aparcan ocupándolos en tareas propias de un burócrata del mínimo nivel administrativo y el peso de la prisión se descarga en las Subdirecciones de Seguridad. Y ¿por qué se llega a ello?

En la crisis del tratamiento como ideología han influido varios elementos. En primer lugar, los fines que el tratamiento penitenciario persigue han sido de tal inconcreción que era difícil encontrar a dos profesionales que se pusieran de acuerdo en hacia donde trabajaban: frente a los programas de máximos que apostaban por la inculcación de los valores morales mayoritariamente vividos, los de mínimos se restringen a evitar la reincidencia delictiva; frente a los que postulan una auténtica reinserción moral se argumenta que la barrera infranqueable es la reinserción legal; frente a los que creen necesario y legitimo sólo intervenir en el sujeto se alzan los que quieren «reinsertar a la sociedad». Junto a esta desorientación en los fines, no menos caótico ha sido el panorama en cuanto a los medios: la falta de altura científica y el infantilismo de algunos programas tratamentales ha llevado a que cualquier cosa sea tratamiento y que, como consecuencia natural, cualquiera, sin titulación ni pertenencia a Cuerpo profesional alguno, pudiera realizar tratamiento (¡cuánto pseudotratamiento penitenciario han llevado en nuestro país bienintencionados estudiantes de instituto pertenecientes a tal o cual ONG!). A todo ello habría que añadir otros factores como el no saber evaluar realmente los resultados obtenidos, con el convencimiento, muy cómodo y útil para los no aficionados al trabajo, de que los resultados tratamentales son siempre nulos, que la reincidencia está asegurada... visión exportada desde la prisión a la sociedad, en donde se ha asentado, espero que no indeleblemente, esta demagógica idea y sobre la que fácilmente germina la aceptación de cualquier política represiva y de mera contención.

Junto a la crisis de la ideología del tratamiento, pero en íntima conexión con ella, no hay que olvidar los movimientos ideológicos que se enfrentan abiertamente al sistema penitenciario. Algunos especialmente peligrosos no han llegado a nuestro país, como la llamada cultura de la ilegalidad o crisis de la cultura de la legalidad que, desde Italia, propugna que la ley sólo está para que la cumplan quien no puede hacer otra cosa, puesto que quien puede no la cumple (9). Las

(9) *Vid.*, ampliamente, BERIA DI ARGENTINE, Adolfo, «La crise de la culture de la légalité en Italie: les causes», en *Revue de Sciencie Criminologique et Droit pènal*

circunstancias concretas del sistema de Justicia italiano y los acontecimientos en aquel país ocurridos explican el germen de esta ideología que difícilmente pueda exportarse a otros países como el nuestro. Menos peligrosas, pero más difundidas, son las posiciones de quienes arremeten contra «el Secuestro Institucional» que la prisión les representa. Hijos de Foucault, sus ataques no son sino fruto de una ideología mucho más amplia (anticapitalismo radical) que nunca saldrá de la marginalidad. Sin embargo, lo que no tiene nada de marginal es el neoconservadurismo penal que recorre en los últimos años nuestro continente (10). Junto a las alas que les ofrece el abandono de la ideología tratamental hay que señalar un factor determinante: la dramatización que del fenómeno delictivo realizan cotidianamente los medios de comunicación, con la consiguiente alarma social y afloramiento de una sentida necesidad de un incremento y endurecimiento de la represión penal. La promulgación del Código Penal de 1995 y las bochornosas conjeturas sobre la excarcelación masiva de internos fue una buena muestra; el pase de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia al de Interior una lógica consecuencia.

Y es que la historia de la dependencia orgánica de las prisiones ha sido un constante peregrinar por diversos ministerios. En 1832 las prisiones dependen del Ministerio de Fomento. Por la Ley de 26 de julio de 1849 las prisiones civiles pasan a depender del Ministerio de Gobernación (hoy Interior) y las militares del de Guerra (hoy Defensa). Por la Ley de Presupuesto de 1887 las prisiones civiles se convierten en competencia del Ministerio de Gracia y Justicia (hoy Justicia) en donde permanecerán hasta que en 1996 (RD 758/1996, de 5 de mayo) pasen a su actual ubicación en el Ministerio del Interior (tras la segregación del macroministerio de Justicia e Interior creado por Real Decreto 907/1994, de 5 de mayo). Este último tránsito fue criticado por entender que contravenía lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria según el cual «Corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia...», pero en verdad dicho precepto no realiza una adscripción

---

comparé, enero-marzo 1993, pp. 150 ss. Sobre el asunto, puede consultarse el último número de la revista *Dei Delitti e delle pene* (núm. 1/1998) en donde se encuentran interesantes trabajos: BARATTA, Alessandro y PAVARINI, Massimo, *La frontiera mobile della penalitá nei sistemi di controlo sociale della seconda metà del ventesimo secolo* (pp. 7 ss.), MOCCIA, Sergio, *L'ilusione repressiva. La politica criminale e giudiziaria nell'Italia degli anni Novanta* (pp. 91 ss).

(10) Al respecto, véase, SEMERARO, Pietro, «Le tendenze della política criminale negli stati dell'Unione Europea», en *Dei delitti e delle pene,* 1/1998, pp. 141 ss.

orgánica sino que, para describir cuáles son las funciones del Centro Directivo, se limita a transcribir la dependencia que en el momento de la redacción la citada Dirección General tenía. Una interpretación que entendiese que en tal precepto se congela orgánicamente la dependencia de la Dirección General supondría poner freno, sin fundamento jurídico alguno, a la natural capacidad autoorganizativa de todo Poder Ejecutivo, máxime cuando en una materia como ésta no existe reserva legal alguna (11). En cualquier caso, lo que no cabe duda es que con el tránsito de las prisiones del Ministerio de Justicia al de Interior se ha venido a remarcar el carácter preponderante que la contención tiene frente al tratamiento y a la concepción de la ejecución penal como una fase más del proceso penal.

Hemos planeado hasta ahora desde las alturas sobre cuáles han sido los motivos por los que la ideología del tratamiento ha ido paulatinamente decreciendo en importancia y correlativamente una política criminal de marcado carácter represivo ha ido ocupando su lugar. Llega el momento de descender para analizar desde estos parámetros la situación actual de nuestro sistema penal-penitenciario para, luego, poder vislumbrar cuáles serán los lineamientos a seguir en el siglo XXI.

III. EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL EN LA ENCRUCIJADA

La situación de nuestro sistema es heredera de lo hasta ahora descrito. Pero no sólo. Hay importantes factores que han influido decididamente en que el sistema penitenciario actual pueda calificarse de errante, esto es, que vague sin rumbo cierto, al socaire del empuje que le impriman factores externos: presión de la opinión pública (12),

(11) El artículo 8.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, dispone: «La determinación del número, la denominación y el ámbito de competencias respectivo de los Ministerios y las Secretarías de Estado se establece mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno» (véase, asimismo, el artículo 2 apartado j de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre de Organización, competencia y funcionamiento del Gobierno, concordante del transcrito de la LOFAGE).

(12) Desde un punto de vista más amplio, analizando la incidencia de la opinión publica en la política criminal, véase, MOSCONI, Giuseppe y TOLLER, Annalia, «Criminalità, pena e opinione pubblica. La ricerca in Europa», en *Dei delitti e delle pene*, 1/1998, pp. 149 ss.

requerimientos de tal o cual institución (Defensor del Pueblo, Parlamento...).

Una de no escasa importancia es el haber perdido la memoria histórica, luctuoso hecho que tuvo su máximo exponente con la fulminante desaparición en 1992 (Real Decreto 266/1992, de 20 de marzo) de la venerada Escuela de Estudios Penitenciarios (13). Las pseudopolíticas penitenciarias «de futuro» creyeron que habían que partir por desterrar todo lo que según ellos representaban «políticas del pasado», olvidando que difícilmente una institución puede saber a dónde va si no conoce de donde viene; y si bien es verdad, parafraseando a Cronwell, que «nadie llega tan lejos como aquel que anda sin saber a donde ir», el problema estriba en que quizás hallamos andado mucho, pero en una dirección equivocada. Muchos de los problemas que se han afrontado en estos años no son sino réplica de los que ya a finales de la pasada centuria el sistema penitenciario español tuvo que afrontar. El diseño de construcción de cárceles podría ser un buen ejemplo. Muy poco se ha aprendido al respecto, y los mismos errores que se cometieron vuelven a cometerse, los mismos intereses que informaron aquéllas (nunca penitenciarios y más económicos y políticos) vuelven a surgir. Y es que si algo ha caracterizado durante los dos últimos siglos al sistema penitenciario ha sido el actuar movido, ante la falta de una dirección clara, por la única fuerza de la inercia, una inercia representada por la torpe e irreflexionada repetición de la rutina. Un ejemplo significativo: el 5 de septiembre de 1844 se aprobó, junto a otros reglamentos, el Reglamento para un día en común dentro de un establecimiento (14), que desarrollaba determinados aspectos de la Ordenanza General de presidios del Reino de 1834. En él, y al objeto de evitarse la reventa del pan, bien escaso en aquellos tiempos, se establecía que «esto se corrige haciendo que a la hora del rancho se presenten con él (pan), y que el que no le traiga no coma». Pues bien, ciento veinte años después, cuando aquel reglamento llevaba varias décadas derogado, y pese a que la no escasez de alimentos hacia imprevisible las «rutinas» de pena, los internos de las prisiones españolas seguían siendo obligados a acudir a las comidas pan en mano. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Este «laisser faire laisser passer» de quien debe dirigir una política tan importante como la penitenciaria se ha patentizado con los impor-

(13) *Vid.* SERRANO GÓMEZ, Alfonso, «Réquiem por la Escuela de Estudios Penitenciarios», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1992, pp. 1045 ss.

(14) *Vid.* TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa sobre cárceles, presidios y arsenales y demás establecimientos penitenciarios*, Madrid, 1886, p. 547.

tantes cambios normativos acaecidos en 1996. Las respuestas a muchos de los interrogantes que el nuevo marco jurídico planteaba, y que lógicamente imponía un cambio en la práctica prisional del día a día, ha sido dejado en manos de los directores de las prisiones bajo el «aparente» argumento de que hay que respetar los criterios de los diversos Jueces de Vigilancia, perfecto pretexto para no establecer cuáles han de ser las directrices por las que el sistema penitenciario debe discurrir. A ello hay que añadir la posición que en ocasiones ha mantenido la Administración penitenciaria frente a determinadas resoluciones judiciales que, pese a ser claramente usurpadoras de competencias propiamente administrativas, cuando no flagrantemente contrarias al Ordenamiento jurídico, han sido cumplidas. Un ejemplo: El 25 de octubre de 1995, esto es, trece días antes de que el nuevo Código Penal se aprobase en Cortes, treinta días antes de que apareciese publicado en el *BOE* y siete meses antes de que entrara en vigor, José F. G. fue condenado por la Jueza sustituta del Juzgado de Instrucción núm. 2 de La Orotava a la pena de once fines de semana impuestos por el Juicio de Faltas 329/95-07. No hace falta ser un gran jurista de para fácilmente apreciar que estamos a presencia de una pena ilegal, por no estar contemplada en el Ordenamiento jurídico en el momento de su imposición, y por tanto atentar de plano contra el principio de legalidad penal. Pues bien, nadie le hizo saber a la citada Jueza que la pena impuesta era inejecutable porque la Administración no puede ejecutar una pena inventada por un Juez. Decir esto, y negarse a que el interno cumpliese dicha pena, no hubiese sido desobedecer una orden legítima sino mantener un criterio de justicia que nos enseñaron nuestros mayores; que autoridad que se aparta de la Ley no merece consideración de autoridad. Y es que, frente a las resoluciones judiciales: respeto y acatamiento; pero sin dejarse llevar por un miedo reverencial que nos impida discernir las claras ilegalidades o usurpaciones de competencias de la Administración; y, cuando se entienda que esto último acontece (recuérdense las resoluciones judiciales que imponían a la Administración el Centro penitenciario en que debería ingresar un interno) la enervación del conflicto de jurisdicción debe ser entendida como un instrumento normalizado dentro del Estado de Derecho cuya utilización, en ningún caso, debe concebirse como un arma arrojadiza en una guerra entre la Administración y el Poder Judicial.

La trayectoria errante descrita, no obstante, ha encontrado en nuestra historia honrosísimas excepciones, que sin embargo quedaron sepultadas en poco tiempo, bien por la testarudez de los hechos, como dijera Ortega (caso de las incipientes reformas realizadas por Victoria

Kent durante la II República), o por la inoperancia de sus sucesores, en el caso de las importantes reformas efectuadas por García Valdés con la promulgación, hace ahora veinte años, de la Ley Penitenciaria (15). En este sentido se ha de resaltar que la citada Ley representa el clímax de una evolución normativa que el Reglamento de 1981 truncó, resurgiendo una filosofía neoconservadora que cerró el portillo de vientos progresistas; filosofía que, con el correr de los años, determinado sector la ha teñido con tintes cuasi-reaccionarios. Desde esta óptica se explica que el nuevo Reglamento de 1996 sea criticado por ser excesivamente garantista con los derechos del interno, o que «siga en exceso» a la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Quienes esto afirman desvelan su íntima concepción de lo que debe ser un sistema penitenciario: un sistema especial, alejado del procedimiento administrativo común, «servido» por funcionarios especiales (¿estatutarios?) y destinado a «ciudadanos peculiares» (¿de segunda categoría?). No es la primera vez que me manifiesto en contra de esta concepción, y a otros trabajos míos me remito. Tan sólo ahora subrayar la inexorable apuesta porque las leyes y el Estado están hechas para el hombre, también para el delincuente, y no al revés; que el sistema penitenciario debe venir informado por los principios generales de cualquier actuar administrativo; que especialidad nunca puede significar excepcionalidad; que reconocer derecho y garantías, y por consiguiente el necesario respeto a las formas y formulismos jurídicos, pese a que ello suponga un incremento de la labor burocrática, es una sacrosanta regla del Estado de Derecho, porque detrás de la forma está la seguridad jurídica. Al hilo de esto nos hemos manifestado ya reiteradamente en otros trabajos (16), sobre todo al criticar la catalogación de la relación jurídica que une al interno con la Administración como una «relación de sujeción especial» («besonderes Gewaltverhältnis», o literalmente, relación especial de poder en la lengua germana, país donde nació esta funesta y oscura teoría), etiqueta que nuestra doctrina y jurisprudencia asumieron en la década de los setenta, y muy particularmente en los ochenta, de una forma acrítica, cuando en Alemania, su país de origen, había quedado denostada desde la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de marzo de 1972. Como acertadamente se ha

(15) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, Carlos, «La reforma del Derecho penitenciario español», en *Estudios de Derecho penitenciario*, Madrid, 1982, pp. 153 ss.

(16) Véase, ampliamente, mi libro *Seguridad y Disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Madrid, 1998, pp. 24 ss.

señalado (17), tras la teoría de la relación especial de sujeción subyace la idea del Estado absoluto según la cual los intereses del mismo no son sólo autónomos respecto de los intereses de los ciudadanos sino incluso antagonistas, lo que abiertamente contradice el criterio actualmente asumido de que el Estado carece de intereses propios, al tratarse de un mero instrumento al servicio de los intereses de la sociedad. Con esta teoría se coloca a los ciudadanos en dos grupos o categorías, según se unan al poder mediante una relación general o especial, limitando los derechos de los de este segundo grupo a través no de una ley, sino mediante el protagonismo del reglamento ejecutivo. Por supuesto que el estatus jurídico de un recluso no es el mismo que el de un ciudadano libre, pero la limitación de derechos de aquél no ha de producirse por la aplicación de una caducada teoría, sino que será el propio contenido de la relación jurídica la que establezca los derechos y obligaciones que asisten a ambas partes. Los miedos a las consecuencias del abandono de la teoría de las relaciones especiales de sujeción son de todo punto infundados, pues el contenido de las relaciones jurídicas concretas y los principios constitucionales ofrecen soluciones para reconducir la reserva de Ley y la limitación de derechos fundamentales a sus justos términos, en aquellos casos en los que la funcionalidad de las instituciones así lo requieran.

Hemos visto hasta aquí los factores que han coadyuvado a la concepción del errante sistema penitenciario que sufrimos, monotemáticamente imbuido en una identificación entre política penitenciaria y política antiterrorista que ahoga cualquier iniciativa de otros vuelos. ¿Será este mal un mal endémico al sistema?, ¿existen posibles soluciones y cambio de un rumbo perdido o nunca encontrado? ¿Cuáles son los retos que la nueva centuria nos puede deparar?

IV. LA DESEADA Y ESPERADA METAMORFOSIS

Después de todo lo dicho está claro que entendemos que el sistema penitenciario actual debe sufrir, o mejor dicho, gozar, en el siglo XXI, de una profunda metamorfosis. Las bases de las misma deben estar cimentadas por la superación de algunos de los endogámicos defectos que tradicionalmente ha caracterizado a nuestro sistema penitenciario, y que hemos expuesto en líneas anteriores. En tal sentido:

(17) *Vid.* MAPELLI CAFFARENA, Borja, «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», en *Estudios Penales y Criminológicos*, tomo XVI, 1992-1993, Santiago de Compostela, 1993, pp. 291 ss.

1.° Se hace patente la necesidad de partir de una concepción del delincuente ajena a la doble moral antes criticada. La apuesta porque el interno es un ciudadano como otro cualquiera, sujeto a la Administración por una relación jurídica cuyo marco jurídico viene encabezado por el artículo 25.2 del texto constitucional e integrado por una serie de derechos que no pueden ser limitados por una vetusta teoría decimonónica, permitirá desterrar esa tan arraigada como errónea creencia de que el recluso es un ser inerte, sometido a la Administración, la cual, siguiendo un «mandato del legislador» dirige su actuación desde parámetros reinsertadores. Reconocer la existencia de un auténtico derecho a la reinserción social del delincuente, sin miedos infundados ni ambages, se torna una asignatura pendiente, que una vez superada permitiría concebirlo como un sujeto activo que exije la realización de sus derechos y no un mero sujeto pasivo de la bondad y misericordia de la Administración.

Como es bien sabido, el Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones (18), ha entendido que el artículo 25.2 no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, y, por tanto, sin desconocer la importancia que tal principio supone, este precepto no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación. Sin embargo, creemos que con ello nuestro Alto Tribunal ha realizado una devaluación del artículo 25.2, el cual, dada su ubicación sistemática, viene a consagrar un auténtico derecho a la reinserción social y no un mero principio programático que hubiera tenido cabida en otro capítulo (el III) del Título I de la Constitución. El temor del Tribunal Constitucional a que la consagración de la reinserción como derecho fundamental propiciara la petición de no cumplimiento de la pena privativa de libertad de aquellos penados que en el momento de tener que ingresar en prisión ya se encontrasen reinsertados en la sociedad, o de quienes estando en prisión la alcanzasen, es fruto de la confusión entre los fines de la pena, por una parte, y los derechos que el condenado tiene, por otra, los cuales, según la propia letra del precepto, le son reconocidos en cuanto «estuviere cumpliendo la misma», y en plena compatibilidad con los fines retributivos y preventivo-generales.

2.° Derivado de lo anterior se deduce la necesaria potenciación del tratamiento penitenciario frente a las políticas penitenciarias de

(18) Así en Autos 15/1984, de 11 de enero, 486/1985, de 10 de julio y 1112/1988, de 10 de octubre; y en Sentencias 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero y 28/1988, de 23 de febrero.

mera contención. Y es que el derecho a la reinserción social debe de ser entendido como el derecho del condenado a que durante la ejecución penitenciaria se pongan a su disposición aquellos medios que le permitan llevar una futura vida en libertad sin delitos. Atentaría, por tanto, a tal derecho una ejecución penitenciaria inerte, que redujera al interno a un mero sujeto pasivo del tiempo de condena. Frente a esta actitud de la Administración penitenciaria el interno podría acudir en amparo al Tribunal Constitucional. Se trata, pues, de un derecho que se desenvuelve exclusivamente en el ámbito penitenciario, mientras que se es «condenado» y que implica, en última instancia, que el sujeto sea un sujeto activo del sistema penitenciario, si bien, el contenido del derecho variará en función de las necesidades concretas de cada penado, que se plasmarán en su programa individualizado de tratamiento: de la necesaria intervención psícológica en los casos en que ésta se requiera a la atenuación de los factores criminógenos del encarcelamiento en aquellos casos en los que la subcultura del delito está arraigada.

Esta configuración de la reinserción social como un derecho y no como un principio etéreo, supondría un revulsivo para la actuación de la Administración penitenciaria que se vería compelida a poner en funcionamiento verdaderos programas de tratamiento, superándose con ello las carencias de programas individualizados para las necesidades de cada interno. Y es que el tenor del artículo 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (principio de individualización científica), se da de bruces con la instauración de macroprogramas que son diseñados más para dar la impresión ante terceros (Defensor del Pueblo, Parlamento, Consejo General del Poder Judicial, opinión pública...) de que se está haciendo tratamiento que realmente estar pensados en sus destinatarios.

Ello acarrearía un notable incremento del protagonismo y consideración de los profesionales penitenciarios encargados del tratamiento (19), recuperando lo que desde hace tiempo se ha cedido a manos foráneas.

---

(19) Entre los cuales el Jurista tiene poco que decir, más allá del simple encuadramiento del marco jurídico en donde ningún programa debe traspasar. No es el momento de detenerme en las peculiaridades de este profesional, pero entiendo que su labor, como su nombre índica, debe estar en conocer el Ordenamiento jurídico y asesorar al Centro penitenciario sobre sus actuaciones administrativas y no en quedar convertido en un mero reproductor de datos o colaborador secundario en tal o cual actividad terapéutica. Potenciar su actuación en la esfera que le es propia se entiende imprescindible para no desdibujar sus funciones y, claro es, exige el esfuerzo del estudio normativo, mucho más incómodo y costoso que las pseudofunciones que muchos se autoimponen a la sombra del amplio concepto del tratamiento penitenciario.

Hace ya años que escribí contra lo que de dejación de funciones propias en personal ajeno suponía la cesión automática de determinadas intervenciones tratamentales a favor de las Comunidades extrapenitenciarias (20). Hay que reconocer que con el tiempo la intervención penitenciaria en materia de drogas ha mejorado sustancialmente. Ese será el camino que debamos seguir en el futuro, sin negar lógicamente la colaboración exterior, pero siempre desde el nivel de colaboración.

3.° Todo lo anterior supone un reto de singular trascendencia para la Administración, que debe colocar a la política tratamental como eje nuclear de la política penitenciaria, estableciendo unas directrices que no supongan maquillar de tratamiento lo que en realidad no es sino voluntarismo político, anteponiendo los intereses penitenciarios frente a los de otro tipo, y, en definitiva diseñando una línea de actuación coherente, regida por los parámetros descritos, y sin sucumbir al socaire de las intervenciones de otras Instituciones o miedos a la opinión publicada. Y es que replegarse a éstos tiene un alto precio; el desvirtuar los propios cimientos de la Institución. Un ejemplo. Entiendo un error de primer orden clasificar a un interno en primer grado por haber participado en la execrable violación, asesinato y mutilación de tres chicas levantinas por el mero hecho de evitar un titular de prensa en el que se dijese que la Administración penitenciaria coloca al conocido delincuente en un grado en el que puede salir de permiso. Si la adaptación del interno al régimen es total (ausencia de sanciones) y la potencial peligrosidad del interno no tiene manifestaciones exteriores objetivables su clasificación es en régimen ordinario, y así habrá que explicársele a la opinión publica para desmentir a quienes, confundiéndola, lanzan mensajes alarmantes identificando el régimen ordinario de cumplimiento con la automática salida de permiso.

V. CONCLUSIÓN

Comenzábamos este trabajo augurando que el siglo XXI será el siglo que vea los albores del desmoronamiento del sistema penitencia-

(20) *Vid.* TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «El toxicómano y su rehabilitación en prisión: un estudio de Derecho comparado», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 246, 1995, p. 27

rio que hoy conocemos, lo que necesariamente traerá consigo una crisis y transformación de la función penitenciaria (21) y un necesario replanteamiento del sistema penal y ejecutivo que debe regir en un nuevo siglo.

No obstante, que los peligrosos vientos neoconservadores se tornen en huracanes reaccionarios es un peligro que no debemos olvidar, pues navegando con ellos se corre el riego de que nuevas penalidades que, *a priori*, se nos presenten como superadoras de las que actualmente conocemos, sean aún más atentatorias a la dignidad humana que a las que vienen a sustituir (22), y de que el tratamiento penitenciario se convierta en una quimera que vague por los módulos de unas «prisiones inteligentes».

Para evitar todo ello no queda sino profundizar en la dirección descrita en el epígrafe anterior, amén de tomar conciencia de que el problema de la criminalidad y de su control (que no desaparición) pasa, necesariamente, por un auge de la intervención preventiva en detrimento de la represiva (23) y, mientras tanto, pues parafraseando al maestro Gimbernat, tenemos todavía Código Penal

---

(21) Véase, al respecto, KROMMENACKER, R. Nicolás, «Surveillant pénitentiaire. Un consultant pour une possible métamorphose », en *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, año 116, núm. 2 abril-junio 1992, pp. 141 ss.; SYR, Juan-Hervé, «Surveillant de prison: une profession en devenir», en *Revue de Sciencia criminologiques et Droit pénal comparé*, núm. 2, abril-junio 1992, pp. 277 ss.

(22) Tal es el caso del control electrónico de delincuentes, del que se ha dicho, acertadamente que: «Cuando se vulneren los contenidos de la mínima dignidad de la persona, estaremos ante penas o tratos inhumanos o degradantes, expresamente prohibidos por el artículo 15 de la Constitución así como por los convenios internacionales, contra los que cabe recurso de amparo al margen del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad. Y no se olvide que el anillo, eslabón, pulsera o collar electrónicos, si no se someten a los límites como los que acabo de indicar, pueden sustituir con ventaja en eficiencia tecnológica, pero también igualarse casi en degradación e indignidad, a las viejas cadenas y grilletes que entorpecían los movimientos físicos del penado o le unían al muro de la cárcel o a su bola de hierro» (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, «Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión», en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1993, p. 64). Sobre el tema puede verse la bibliografía señalada en las páginas 64 a 67 del citado trabajo de Luzón y el de GONZÁLEZ RUS, Juan José, «Control electrónico y sistema penitenciario», en la misma *revista*, pp. 69 ss. Recientemente son de interés los trabajos de FROMENT, Jean-Charles, «L'assignation à domicilie sous surveillance électronique, l'exécution de la peine et les libertés publiques», en *Revue pènitentiaire et de Droit pénal*, núm. 2/1996, pp. 121 ss., y BÉLIVEAU, Pierre, «La surveillance álectronique au Canada de 1974 à 1993: une révolution juridique», en misma *revista* y número, pp. 101 ss.

(23) *Vid*, ampliamente, GARRIDO GENOVÉS, Vicente, STANGELAND, Per, y REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, Valencia, 1997, pp. 787 ss.

y cárcel para rato (24), establecer un sistema penitenciario fundado en el racional diseño de una política penitenciaria basada en una auténtica y no maquillada orientación reinsertadora. El tiempo lo dirá.

(24) GIMBERNAT ORDEIG; Enrique, Prólogo a GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 11.