

## La crisis del sistema penitenciario español de individualización científica

José Luis MANZANARES SAMANI EGO

*Consejero Permanente de Estado. Exmagistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*

Diario La Ley, N° 8568, Sección Doctrina, 24 de Junio de 2015, Ref. D-254, Editorial LA LEY

LA LEY 4291/2015

### I. INTRODUCCIÓN

Las teorías unitarias o mixtas de la pena, una vez superadas sus concepciones absoluta y relativa, la entienden como un castigo de base retributiva conforme a la culpabilidad del autor y dirigida, dentro de lo posible, hacia fines de prevención general y prevención especial, distinguiendo en estos últimos entre la intimidación, la corrección y la eliminación o aseguramiento.

La pena constituye para Listz una coacción dirigida contra la voluntad del delincuente. Su naturaleza puede ser doble. De una parte, como motivación indirecta, mediata y psicológica, proporcionando al reo los estímulos precisos para contrarrestar su inclinación al delito o fortaleciendo las defensas morales o espirituales de que ya dispusiera. De otra, como poder directo, inmediato y físico (mecánico, según la expresión utilizada por dicho jurista), bien expulsando de la sociedad al delincuente, bien internándolo, pero en cualquier caso haciéndolo inofensivo. En el primer supuesto tendríamos la intimidación y la corrección, y en el segundo la eliminación o el aseguramiento.

La línea divisoria entre la intimidación y la corrección se articularía alrededor de las dos modalidades a través de las cuales se lograría que el delincuente acomodase su conducta futura a las exigencias mínimas de la vida social. Mientras la intimidación se consigue mediante el nacimiento o fortalecimiento de una motivación egoísta para respetar las leyes como mal menor, la corrección pretende alcanzar la misma meta con una motivación positiva, de forma que el conjunto de estímulos sociales y altruistas haría reconciliarse al reo de buena gana con la comunidad jurídica.

De ahí que los fines de prevención especial o de política criminal perseguidos por la pena puedan resumirse del siguiente modo:

- a) Prevención especial por intimidación: el reo sufre el escarmiento representado por la pena ejecutada y, en consecuencia, renuncia a la comisión de nuevos delitos.
- b) Prevención especial mediante la educación, corrección o resocialización: durante el cumplimiento de la pena se prepara al reo para que no delinca en el futuro.
- c) Prevención especial por alejamiento del reo: la ejecución de la pena libera a la sociedad del peligro

representado por el delincuente, bien de modo temporal, bien definitivo.

Los fines de prevención especial configuran una escala en la que, hasta cierto punto, cada uno excluye a los restantes. La intimidación ocupa el primer puesto, y sólo después, si aquélla resultara inoperante en el caso concreto, habrá de acudir a la corrección o, en último extremo, al aseguramiento o eliminación del reo.

Hay una sola pena correcta, pero no una sola pena justa. La idea de lo correcto resulta de la relación entre lo conveniente y lo justo en cuanto a la finalidad perseguida. Con otras palabras, es correcto lo que en el marco de lo justo permite conseguir con los medios menos gravosos el fin propuesto.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el vigente Código Penal, no se detiene en el concepto y objeto de las penas, pero sí advierte de su finalidad resocializadora por mandato constitucional, algo que en principio no se limitaría a las penas de prisión:

«Se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad.»

Mayor interés ofrecía la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 17 de enero de 1980, con el que se pretendía adaptar nuestro ordenamiento jurídicopenal a las exigencias de la Constitución española de 1978, siguiendo así el ejemplo de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, de 26 de septiembre. A su tenor: «La pena se concibe como un castigo que ha de guardar proporción con la gravedad del hecho cometido y que deberá orientarse siempre que sea posible a finalidades preventivas. Presupuesto de la pena así entendida es la culpabilidad.»

## II. EL SISTEMA PROGRESIVO Y SU EVOLUCIÓN EN ESPAÑA

El sistema progresivo es la respuesta europea a los sistemas americanos de Filadelfia y Auburn. Sus principales propulsores, el irlandés Crofton, el inglés Maconochie, el bávaro Obermayer y el español Montesinos, se esforzaron casi simultáneamente en dar a la pena de prisión un contenido reformador, de manera que el trabajo y la buena conducta, amén del transcurso del tiempo, fueran disminuyendo el contenido aflictivo de la sanción hasta un licenciamiento más o menos provisional. Pese a las variantes, el esquema común ofrece una serie de grados que se inician con el de mayor dureza, pasan por la semilibertad y terminan en la libertad condicional como último grado del cumplimiento de la pena.

Nuestros Códigos Penales de 1848, 1850 y 1870 no contemplaron siquiera el cumplimiento gradual

de las penas privativas de libertad, aunque pudieran verse sobre este particular los Reales Decretos de 3 de julio de 1901 y 5 de mayo de 1913. El Código Penal de 1928 señalaba en su art. 171 que «la ejecución de las penas de reclusión y prisión se acomodará al sistema progresivo y comprenderá varios periodos, el primero de los cuales se cumplirá en aislamiento y el último en situación de libertad condicional, remitiéndose para su duración y circunstancias a los reglamentos penitenciarios». El Reglamento de 24 de diciembre de ese mismo año fue pronto sustituido por el de 14 de noviembre de 1930, cuya vigencia se prolongó con escasas modificaciones hasta el día 5 de marzo de 1948, o sea, durante un tiempo repartido entre la monarquía, la república y el régimen surgido tras nuestra última guerra civil.

El art. 87 del Código Penal de 1932 recoge la fórmula que, remplazando la expresión «Leyes y Reglamentos Penitenciarios» por «Legislación Penitenciaria», pasa al art. 84 del Código Penal de 1944: «Las penas de reclusión mayor y menor, presidios y prisiones, se cumplirán según el llamado sistema progresivo. El régimen, grados, ascensos, trabajos, enseñanzas y visitas serán establecidos en la legislación penitenciaria».

La verdad es que la anunciada legislación penitenciaria quedó en un simple reglamento. El art. 48 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, que sucedió al de 5 de marzo de 1948, contemplaba la reeducación moral y física, así como la instrucción del delincuente, mediante la observación de las cualidades físicas, morales y psicotécnicas del penado, predicando la obligatoriedad del trabajo o el aprendizaje de oficios orientados hacia aquéllas metas. Según sus arts. 49 y 50, las dos partes en que se subdividía el primer periodo no podrían ser inferiores a 10 y 20 días, respectivamente, mientras que para pasar del segundo periodo al tercero sería condición necesaria haber extinguido previamente la cuarta parte de la pena. Por último, el cuarto periodo, consistente en la libertad condicional, requeriría, por disposición del art. 98 del propio Código Penal, reproducida en el art. 53 del Reglamento, la previa extinción de las tres cuartas partes de la condena y hallarse el reo en el periodo inmediatamente anterior.

La redacción original del Reglamento de 1956 no conocía aún la noción del tratamiento, aunque fuera clara su aspiración correctora dentro de las viejas coordenadas. Sí, de un lado, se fomenta la labor sobre el reo para evitar su reincidencia, de otro se es consciente tanto del componente aflictivo de la pena, por lo que tiene de retribución y castigo, como de la necesidad de motivar la buena conducta del interno con la perspectiva de un encarcelamiento más suave y de un adelantamiento de la libertad. Se combinan así las consideraciones del tratamiento propiamente dicho con las del régimen carcelario y se establecen límites mínimos en la duración de los grados, de manera que el contenido real de la pena impuesta por los jueces sólo en parte puede sacrificarse administrativamente en aras de la resocialización o de la disciplina en el centro penitenciario.

Apenas doce años después el Decreto 162/1968, de 25 de enero, reforma los arts. 48 y 49 del Reglamento de 1956 y coloca como eje del aún denominado «sistema progresivo» la noción de «tratamiento "con cuatro grados. Los tres primeros se corresponden, respectivamente, con los establecimientos de régimen cerrado, intermedio y abierto, previstos en el art. 5, pero ahora, "siempre que el sujeto demuestre estar en condiciones para ello, *podrá* ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le

precedan".»

Por último, el Real Decreto de 29 de julio de 1977 da un paso más respecto al tratamiento y sus efectos regimentales. Destacan ahí dos novedades. Su art. 48.6 dispone que «en ningún caso se mantendrá a un interno en el *primero* o *segundo grado* cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a progresión». Y se ordena, de otro lado, la repetición del estudio individual del penado, cada seis meses como máximo, «para reconsiderar su anterior clasificación», articulándose también un recurso ante la Dirección General. El tratamiento tiene preferencia sobre cualquier otra consideración, incluidos las retributivas y el buen orden carcelario. La evolución de la personalidad del reo respecto a la delincuencia se sitúa en el centro mismo del sistema y esto sucede sin reforma alguna del Código, donde la pena sigue siendo castigo por una conducta antijurídica y culpable.

Las nuevas doctrinas penitenciarias, que han ido ganando terreno paulatinamente, no tropiezan con dificultad alguna para obtener el respaldo definitivo en la Constitución de 27 de diciembre de 1978. Se trata de un único precepto, el apartado 2 del art. 24, pero su orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social se reproduce literalmente en el art. 1.º de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

### III. LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Las grandes proclamaciones doctrinales tienen el riesgo de generalizar en demasía, olvidando a veces las excepciones dadas por la naturaleza de las cosas. Así ocurre con la declaración del art. 25.2 de la Constitución:

«Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.»

Nada hay que objetar a la orientación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social, pero, naturalmente, sólo cuando sea posible. Conforme a la literalidad del mandato habría que renunciar a unas penas privativas de libertad totalmente inidóneas para conseguir dichos fines.

Las penas privativas de libertad son hoy, según el art. 35 del Código Penal, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa. Pues bien, la prisión de corta duración agota en la intimidación sus efectos dentro de la prevención especial. Su imposición se reserva para los pequeños delincuentes que, a juzgar por la escasa gravedad de la conducta típica o del grado de su culpabilidad en la misma, no precisan de resocialización alguna. Al igual que las multas, las breves privaciones de libertad servirán únicamente de advertencia para el futuro. Y,

en todo caso, tampoco cabría preparar y aplicar un programa de tratamiento para unos pocos meses, semanas o incluso días.

Los peligros del contagio criminal en la cárcel y el principio de intervención mínima y menos gravosa en la reacción penal son las razones por las que la renuncia a las penas cortas de prisión, dentro de lo posible, es una constante en los ordenamientos jurídicos. Se buscan alternativas en las penas imponibles, se sustituyen por otras penas las privaciones de libertad ya impuestas o se acude a la suspensión condicional de la ejecución, articulando para ello algún régimen de prueba.

Los arts. 33.3 y 36 del vigente Código Penal sitúan el umbral de la prisión en tres meses (seis en su texto original), pudiendo suspenderse condicionalmente su ejecución conforme a los arts. 80 y siguientes si, con carácter general, no se superaran los dos años. El art. 71 prevé además la preceptiva sustitución de las prisiones inferiores a tres meses como resultado de las reglas para su aplicación (circunstancias atenuantes, grado de participación e *iter criminis*) acudiendo entonces a la multa, a la localización permanente o al trabajo en beneficio de la comunidad. Sin embargo, tal previsión no margina por completo el cumplimiento de prisiones breves. Así en algunos casos de abono de prisión provisional.

Pasando a la pena de localización permanente, es obvio que ni por la levedad de las infracciones que conllevan, ni por lo que éstas permitan deducir sobre la personalidad criminal del condenado, ni siquiera por su contenido, dicha privación de libertad guarda la menor relación con el mandato constitucional de orientación hacia la reeducación y reinserción social del penado. Nadie se resocializa por permanecer recluido en su casa durante algún tiempo, ajeno por lo demás a toda atención penitenciaria, social o de cualquier otra clase. Se repite así, pero en peor, lo sucedido con los arrestos de fin de semana que desaparecieron del Código Penal con la Ley Orgánica 15/2003.

Más lejana aún al mandato del art. 25.2 de la Constitución queda la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. La necesidad de una resocialización a través de una pena privativa de libertad no puede depender de la situación económica del condenado a una multa intimidatoria, aparte de que el delito en cuestión tampoco sería determinante para aplicar al reo un tratamiento penitenciario que mereciera ese nombre. Cuestión distinta es la posibilidad de cumplir esta pena mediante localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad, según lo previsto en el art. 53 del Código Penal. También conforme a ese artículo deja de imponerse la propia responsabilidad penal sustitutiva a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años, disposición ésta interpretada muy generosamente por la jurisprudencia. Y al margen, asimismo, de una posible suspensión de la ejecución conforme a los arts. 80 y siguientes del referido texto legal.

Pero la interpretación *cum grano salis* del art. 25.2 de la Constitución debe extenderse asimismo a las medidas de seguridad privativas de libertad, ya que en estos casos la peligrosidad del sancionado, aunque sea patente tras la comisión del hecho típico, no se corrige con tratamientos orientados precisamente a la resocialización y reinserción social. Algo cabría hacer en esa línea respecto a un internamiento de seguridad cuando la peligrosidad del reo supera su culpabilidad, como ocurre por ejemplo los §§ 66 del Código Penal alemán y 23 del Código Penal austriaco, o en los arts. 64 y siguientes del Código Penal suizo, pero tales internamientos no existen en España.

Nuestro Código Penal sólo recoge en su art. 86 tres medidas de seguridad privativas de libertad dentro de las conocidas como terapéuticas. Son el internamiento en centro penitenciario, el internamiento en centro de deshabitación y el internamiento en centro educativo especial, conectados respectivamente con las eximentes 1.ª, 2.ª y 3.ª del art. 20 del Código Penal, es decir, con las anomalías o alteraciones psíquicas que impidan comprender la ilicitud del hecho delictivo, con la intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras con efectos similares, y con las alteraciones de la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, alterando gravemente la conciencia de la realidad.

Los cuidados médicos o psicológicos nada tienen que ver con el tratamiento resocializador que el art. 25.2 de la Constitución parece avanzar y que la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria de 26 de septiembre, desarrolla detalladamente.

El Código Penal de 1995 prescinde incluso de los internamientos en «centro de rehabilitación social» para jóvenes delincuentes o para delincuentes habituales o profesionales de los números 4.º y 5.º del art. 135 del Proyecto de Código Penal de 1980, como medidas de seguridad privativas de libertad que, a diferencia de las terapéuticas, también previstas en dicho texto, sí que estarían contempladas en el mandato constitucional.

#### IV. LA LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA Y SUS REGLAMENTOS PENITENCIARIOS

##### 1. EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, con la que por primera vez en España esta regulación alcanza rango legal, se inspira directamente en el art. 25.2 de la Constitución de 1978, de forma que, según su art. 1.º, «las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad» (sigue la referencia a la retención y custodia de detenidos, presos y penados)».

Lo que para la Constitución era simple orientación se convierte ahora en fin primordial de estas penas o de su cumplimiento. La interpolación de dicho adjetivo apunta ya a las novedades que la Ley General Penitenciaria aporta frente al sistema progresivo tradicional. Véase su art. 72 en su primera versión, antes de que la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, incorporara dos nuevos apartados con periodos de seguridad para la obtención del tercer grado en algunos supuestos:

«1. Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.

2. Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del art. 10 de esta ley.

3. Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden.

4. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.»

Los cuatro apartados recogen las líneas maestras del nuevo sistema, llamado, quizá con cierta pedantería, de individualización científica. Se mantiene el cumplimiento en grados con la libertad condicional como último de los mismos, si bien, según se verá más adelante, su obtención no se atenga a las nuevas coordenadas de la individualización científica, sino más bien a los viejos principios del sistema progresivo, en el que jugaban un papel esencial el transcurso del tiempo y la buena conducta carcelaria.

Los grados primero, segundo y tercero se cumplen en establecimientos (o secciones) cerrados, ordinarios o abiertos, respectivamente, de forma que la clasificación determina el régimen más o menos severo de cumplimiento, con lo que ello significa para el contenido aflictivo de la pena.

El art. 72 de la Ley Orgánica se reprodujo literalmente, como art. 250 del Reglamento Penitenciario de 1981, también bajo la rúbrica del Tratamiento, lo que revela la posición central de éste como eje de todo el sistema.

Excepto por lo que atañe a la libertad condicional, la clasificación inicial puede hacerse en cualquier grado si se diesen las condiciones para ello de acuerdo con la segunda parte del art. 63:

*«Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.»*

Los nuevos principios rectores en el cumplimiento de las penas privativas de libertad no distingue según la entidad de la pena o la clase de delito, sin perjuicio de que el art. 63 incluya tales circunstancias entre las diferentes variables cuya valoración conjunta llevará a la clasificación correcta del interno. El transcurso del tiempo tiene en sí mismo un valor sólo relativo, y algo similar

sucede con el comportamiento carcelario, excepto, según se adelantó, para la libertad condicional. La disciplina en términos regimentales y la voluntad de no delinquir en el futuro son cosas distintas.

En la configuración original del sistema de individualización científica no había periodos de seguridad (siempre con la excepción de la libertad condicional). Ni para evitar vaciados excesivos del contenido gravoso de todas las penas en general ni en relación con determinados delitos que, al margen de su penalidad, pueden suscitar un especial rechazo, como sucede frecuentemente con el terrorismo y la corrupción. Sobre todo ello se volverá más adelante a propósito de un tratamiento penitenciario que tiene como presupuesto la clasificación del penado.

## 2. EL TRATAMIENTO

La Ley Orgánica General Penitenciaria define el tratamiento «como conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados» (art. 59.1), añadiendo que «el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades», de forma que para ello «se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general». No faltan tampoco la referencia a un futuro en el que el interno sea «capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos» (art. 59.2).

El tratamiento no aspira a que el penado se convierta en un ciudadano ejemplar. Sólo pretende evitar que cometa nuevos delitos, lo que se completa con la capacidad para cubrir sus propias necesidades. No se entiende bien, por el contrario, que las actividades del tratamiento hayan de dirigirse siempre «directamente» al logro de la finalidad perseguida. Una cosa es la torticera articulación del tratamiento y otra su modalidad instrumental.

El art. 62 enumera en sus diferentes letras, desde la a) a la f), los principios inspiradores del tratamiento. Son de gran interés pero no precisamente para este trabajo, más centrado en los efectos de la clasificación sobre el régimen y, por ende, en su repercusión en el contenido aflictivo de la pena.

Mención especial merece el carácter preceptivo o voluntario con que aquél se aplique. Mucho se ha discutido sobre dicho dilema y, pese a haberse impuesto, al menos en la práctica, el segundo término de la alternativa, existen aún en nuestro ordenamiento algunos preceptos a favor de una obligatoriedad encubierta. Pueden ser reveladoras las palabras de Alarcón Bravo, uno de los más prestigiosos penitenciaristas en aquellas fechas: «Que la ley pida al interno que debe colaborar para ser capaz de vivir sin infringir la Ley penal, es lo mínimo que se le puede pedir, pero en el campo del tratamiento en sentido estricto, que la inflación de este deber de colaborar se sancionase, sería absurdo».

El tratamiento introducido en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, tras sus reformas por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, y por el Real Decreto de 29 de julio de 1977,



hace depender la progresión de «la conducta activa del interno» (art. 48.4) y prevé la regresión de grado «cuando se aprecie en el interno oposición o resistencia al tratamiento o *falta de colaboración* que implique una evolución desfavorable de la personalidad del mismo» (art. 48.5). Son textos algo confusos, pero el art. 106.1 b) recoge, sin embargo, el deber de «aceptar el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que le sean prescritos (al penado) en función del diagnóstico individualizado». La posibilidad de imponer sanciones en su caso vendría dada por la inclusión del artículo en el Capítulo dedicado al «Régimen general de disciplina».

El Proyecto de Ley Orgánica iba en igual sentido. Los internos deberían «*colaborar* en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos...». La oposición provino de dos enmiendas, una del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso y otra más matizada de los Socialistas de Cataluña, a las que se sumó una tercera del Grupo Comunista. Se argumentaba que «el tratamiento penitenciario no puede imponerse, sino que, por el contrario, ha de contar con la colaboración del interno», así como que «la imposición comporta ya de por sí el fracaso de tratamiento», amén de que el tratamiento coactivo atenta contra el principio de respeto a la personalidad humana de los internos. La ponencia acogió hasta cierto punto la primera de dichas enmiendas con un «*se procurará fomentar*». Así puede leerse hoy en el art. 4.º.2 de la Ley Orgánica:

«*Se procurará fomentar* la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que le sean impuestos en función del diagnóstico individualizado».

Por desgracia, la confusión vuelve a manifestarse con toda su crudeza en el art. 61 pese a las enmiendas presentadas en línea con las anteriores:

«Artículo 61.1. *Se fomentará* que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y *colaborará* para, en el futuro, ser capaz de llevar con conciencia social, una vida sin delitos.

2. Serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tenida en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo».

El art. 239 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, insistía en *fomentar* la participación del interno en su tratamiento, añadiendo, quizá innecesariamente, una referencia a su *colaboración* (apartado 1), así como a *estimular* su interés y *colaboración* (apartado 2), pero añadiendo la posibilidad de que el reo se opusiera sin que ello conllevase consecuencias disciplinarias, regimentales o la regresión de grado (apartado 3).

Más tarde, el art. 112 del nuevo Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 6 de febrero, reitera, bajo la rúbrica «Participación del interno en el tratamiento», la *estimulación* para la participación (apartado 1), pero reafirma también la ausencia de sanciones disciplinarias, regimentales o de regresión de grado si el reo no aceptara el tratamiento (apartado 3).

Adviértase, no obstante, que ni el apartado 3 del art. 239 del Reglamento Penitenciario de 1981 ni el apartado 3 del art. 112 del Reglamento vigente contemplan directamente el rechazo frontal del tratamiento. Lo previsto en ambos preceptos es que «el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de la personalidad o método de tratamiento». De la oposición total se desciende a otra fragmentada.

La voluntariedad del tratamiento quedaría así aparentemente resuelta. Constituye expresamente un derecho del penado según el art. 4.º.2 d), pero nadie está obligado a someterse al mismo. Sucede, sin embargo, que el sistema de recompensas y beneficios penitenciarios, adelantados en los arts. 46 y 76.2 c) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, pero desarrollados reglamentariamente, pueden contrariar aquellas conclusiones al valorar diversas circunstancias entre las que destacan el sentido de responsabilidad puesto de manifiesto «en las actividades organizadas del establecimiento», por utilizar las propias palabras de aquel art. 46.

El Reglamento de 1981 incluyó entre las recompensas de su art. 105 la propuesta al Juez de vigilancia para la concesión de los beneficios penitenciarios luego desarrollados en sus arts. 256 y 257.

El art. 263 del vigente Reglamento de 1996 se ocupa de las recompensas, sea por la buena conducta del reo, sea por «la participación positiva en las actividades asociativas reglamentarias o de otro tipo que se organicen en el establecimiento». Y el art. 203 señala que «los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad».

En ambos supuestos, pero más en el segundo, la voluntariedad del tratamiento puede quedar un poco en entredicho. Según el art. 4.º.2 i), el interno tiene derecho a participar en las actividades del centro, pero conforme al art. 5.º 2 g) también tiene el deber de «participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad».

La voluntariedad del tratamiento plantea, en todo caso, la pregunta de cómo haya de procederse para el cumplimiento de la pena impuesta cuando el penado lo rechaza frontalmente por una u otra razón. Habría podido intentarse articular para ellos un régimen especial, más en la línea del viejo sistema progresivo, con el trascurso del tiempo y la buena conducta carcelaria como factores básicos de la progresión. Tal vez se alcanzase así un punto de equilibrio entre el mandato constitucional, matizado mediante la voluntariedad del tratamiento, y la configuración de una pena privativa de libertad que no siempre permite intentar siquiera la resocialización del penado.

El legislador español se ha abstenido de cualquier forma alternativa para el cumplimiento de las penas. Se clasifica a todos los penados atendiendo a su actitud frente a la reeducación y reinserción social como metas del tratamiento, aceptado o no. Ni la falta de colaboración ni el rechazo tajante de aquel impiden la observación y, en definitiva, la clasificación del reo siguiendo el ejemplo de lo

previsto para los presos preventivos en el art. 64 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. El art. 112.4 del Reglamento de 1996, bajo la rúbrica «Participación del interno en el tratamiento», se ocupa también de la clasificación inicial y de las progresiones y regresiones de grado cuando se tropieza con la oposición del penado:

«En los casos a que se refiere el apartado anterior, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes.»

Con tal criterio se hará la clasificación inicial y se acordarán después las progresiones o regresiones de grado que procedan por los cambios que pueda experimentar la actitud del reo respecto a una vida futura respetando el Código Penal.

Pero nuestro sistema de individualización científica en el cumplimiento de las penas tropieza también con dificultades cuando el reo no necesita resocialización alguna, precisamente porque es el primero en lamentar su delito y, además, puede que no exista el menor riesgo de que cometa ningún otro. Recuérdese el socorrido ejemplo del anciano jubilado que, tras llevar una vida impecable en todos los órdenes y gozando del aprecio general de sus vecinos, mata a su esposa en un absurdo ataque de celos, quizá seguido de una tentativa de suicidio por el dolor y el peso de la culpa contraída.

Para quienes consideran la reeducación y reinserción social como el alfa y omega de la pena, olvidando por completo la retribución y las exigencias de la prevención general, lo correcto sería evitar a esa persona los peligros del contagio carcelario, aplicándole, por ejemplo, una libertad condicional sin requisitos temporales.

### 3. LA CLASIFICACIÓN EN TERCER GRADO. REFERENCIA AL CÓDIGO PENAL

La clasificación del penado se realiza valorando conjuntamente las circunstancias recogidas en la segunda parte del art. 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, ya reproducido en un epígrafe anterior. Y, como se desprende de la primera parte de ese mismo artículo y se reitera en el apartado 4 del art. 72, también reproducido más arriba, no se establecen, antes al contrario, limitaciones temporales para alcanzar un grado u otro. La clasificación en primer grado, segundo o tercero sólo dependerá de lo más conveniente para la individualización del tratamiento, incluso cuando éste difícilmente podrá realizarse con la oposición del penado.

La cuestión cobra especial relevancia respecto al disfrute del régimen correspondiente a un tercer grado cuya configuración ha evolucionado, sobre todo a partir del Reglamento de 1996, hasta poder reducirse a la obligación de pernoctar los fines de semana en el centro penitenciario.

La inexistencia legal de un cierto periodo de cumplimiento de la pena antes de la clasificación en tercer grado fue corregida en parte con el art. 251 del Reglamento de 1981 por la vía indirecta de

un estudio particularmente cuidadoso del reo si este no hubiera cumplido aún la cuarta parte de la totalidad de sus penas. En tal caso se requería la previa estancia efectiva de dos meses en el centro que hiciera la propuesta:

«Artículo 251:

En el caso de que se proponga para tercer grado a un interno que no tenga cumplida la cuarta parte de la totalidad de su condena o condenas, será necesario que concurren favorablemente calificadas las otras variantes intervinientes en el proceso de clasificación, valorándose especialmente la primariedad delictiva, buena conducta y madurez o equilibrio personal.

En estos supuestos, el tiempo de estudio en el centro que haga la propuesta será el suficiente para que se obtenga un adecuado conocimiento del interno, de la previsión de conducta y de la consolidación de factores favorables.

Las resoluciones que se adopten al amparo de lo establecido en el presente precepto y que impliquen el pase de un penado al tercer grado se notificarán al Ministerio Fiscal.»

La concesión del tercer grado quedaba, de todas formas, en el marco de la administración penitenciaria, sin intervención alguna, ni siquiera conocimiento, del Juez de Vigilancia o del Fiscal. Recuérdese que las Instituciones Penitenciarias dependen del Ministerio del Interior y los penados pueden serlo por delitos con repercusiones o connotaciones políticas.

La situación mejoró, aunque no todo lo deseable, con el Reglamento Penitenciario de 1996. Su art. 104.2 es aún más favorable que el anterior art. 251 para la rápida obtención del tercer grado cuando todavía no se ha cumplido la cuarta parte de la pena, ya que incluso se prescinde de aquellos dos meses de estudio (basta «el tiempo de estudio suficiente»). Sucede, sin embargo, que el nuevo art. 107 dispone la notificación del acuerdo al Ministerio Fiscal, lo que abre la puerta a los correspondientes recursos. Nada se dice, por el contrario, sobre la notificación al Juez o su intervención de oficio:

«Artículo 107.

Todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado adoptadas por el Centro Directivo o por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento según lo previsto en el art. 103. 7, se notificarán, junto con el informe de la Junta de Tratamiento, al Ministerio Fiscal dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de su adopción.»

Pese a que la regulación de la concesión del tercer grado siga sin ser plenamente satisfactoria, la Ley Orgánica General Penitenciaria reafirma al menos los principios básicos de la individualización científica en el sentido de no distinguir entre las clases de delito, al igual que ocurre para cualquier otra clasificación. En ningún caso se establecen períodos de seguridad. La naturaleza del delito será,

según se dijo, una de las variables para la valoración conjunta conforme al art. 63, pero no de forma privilegiada e incluso excluyente. Cuestión distinta sería el establecimiento generalizado de periodos de seguridad para evitar el excesivo vaciado de la pena en aras de la deseable pero no siempre posible resocialización.

Se trata de una cautela especialmente obligada desde que, partiendo de los principios del tratamiento en los arts. 113 a 117 del Reglamento Penitenciario de 1996, se ha llegado a la concesión de terceros grados con el consiguiente disfrute de un régimen abierto durante el que el penado puede que sólo pernocte en el establecimiento penitenciario los fines de semana. No se entiende bien la resocialización del durmiente ni tampoco la justificación del coste de la plaza en tales supuestos, sobre todo si se cumpliera el mandato de la celda individual conforme a lo dispuesto en el art. 19.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Ciertamente, los límites entre el tercer grado y la libertad condicional no son siempre muy claros.

La Ley Orgánica 7/2003, de 20 de junio, de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, estableció periodos previos de cumplimiento para obtener la clasificación en tercer grado si el condenado lo hubiera sido por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal ( art. 78 del Código Penal). La previsión del apartado 3 de este artículo y la modificación de su apartado 2 por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, carecen de relevancia en esta exposición.

La misma Ley Orgánica 7/2003 añadió también al art. 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria sus largos apartados 5 y 6 sobre requisitos complementarios para que el culpable pudiera acceder al tercer grado en determinados delitos:

«5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición. Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.»

La novedad, que rompe con los principios básicos de nuestro sistema de individualización científica desde el momento en que se aparta de la valoración global conforme al no modificado art. 63 de la propia Ley Orgánica General Penitenciaria, mantiene, sin embargo, dicho criterio general para los restantes delitos o supuestos. Preferible sería que los periodos de seguridad o la especial relevancia de la satisfacción de las responsabilidades civiles o de la colaboración activa con las autoridades para la persecución del delito se aceptaran con carácter general en su caso. Eso aparte de que la regulación correspondiente sólo debería hacerse en la Ley Orgánica General Penitenciaria, a salvo la relativa a la libertad condicional, que continúa recogida en el Código Penal.

## V. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> *Nuestro sistema de individualización científica en el cumplimiento de las penas, tal y como plasmó en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, atiende exclusivamente al tratamiento resocializador del reo aunque ello implique una desproporcionada reducción del contenido aflictivo de la pena, según se ha visto particularmente en la concesión del tercer grado.*

2.<sup>a</sup> La libertad condicional es una excepción como cuarto y último grado del tratamiento. Amén de regularse en el Código Penal, ha exigido siempre el cumplimiento previo de parte de la pena y toma también en consideración la buena conducta carcelaria que ni la Ley Orgánica General Penitenciaria ni sus Reglamentos mencionan siquiera en este contexto.

3.<sup>a</sup> Cabe discutir si la buena conducta se incluye tácitamente entre las variables para la clasificación,

pero tal vez conviniera recogerla expresamente en el repetido art. 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, sin perjuicio de constituir requisito esencial para la obtención de beneficios penitenciarios.

4.<sup>a</sup> Lo dicho sobre la generalización de los periodos previos de cumplimiento se aplicaría también a cualquier otro requisito que se considerase oportuno exigir para la obtención del tercer grado (o para la obtención de permisos de salida o beneficios penitenciarios). Se tratará, en todo caso, de una severa corrección del espíritu de la individualización científica en defensa de lo que la pena tiene de retribución y castigo, así como de su finalidad de prevención general.

5.<sup>a</sup> Por lo demás, estos requisitos, centrados ahora en el tercer grado y su consiguiente régimen abierto, deberían ubicarse en la Ley Orgánica General Penitenciaria y no el Código Penal (salvo en lo que atañe a la libertad condicional) y predicarse por igual en todos los delitos. Luego las autoridades penitenciarias y el Juez de Vigilancia cuidarían de su valoración y aplicación teniendo en cuenta la naturaleza del delito como una variante de mayor o menor peso.

Y 6.<sup>a</sup> *La generosa configuración del tercer grado, con reducción significativa del contenido aflictivo de la pena, aconseja también que el Juez de Vigilancia hubiera de autorizar la propuesta de la autoridad administrativa, tal y como ya sucede para la libertad condicional conforme al art. 76.2 b) de la tan repetida Ley Orgánica General Penitenciaria.*

