

# CONSENSUALISMO Y PRISIÓN: NUEVOS DESAFÍOS

Anabela Miranda Rodrigues

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la  
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad  
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

# CONSENSUALISMO Y PRISIÓN: NUEVOS DESAFÍOS

*Anabela Miranda Rodrigues*  
*Profesora de la Facultad de Derecho*  
*de la Universidad de Coimbra*

1. No es posible hablar de “consensualismo y prisión” sin problematizar la comprensión clásica de la justicia penal<sup>1</sup>.

Tradicionalmente monolítica y autoritaria, ajena a cualquier tipo de concertación, de transacción o de compromiso, la justicia se abrió inusualmente a la “contractualidad”<sup>2</sup>. Una justicia “impuesta”, de carácter unilateral y vertical, que encontraba su legitimación en la transcendencia y en la autoridad «mística» de que ya hablaba Montaigne, da paso a una justicia negociada, interactiva y horizontal que procura la composición de los intereses utilizando una racionalidad dialéctica.

Justicia “impuesta” y justicia “negociada” son formas extremas que apelan, respectivamente, a la *participación* y al *consenso*, dando lugar a modelos *nuancés* y complejos, y confiriéndole a la víctima o al delincuente un papel activo, bien a través de la *participación* o bien a través del *consentimiento*<sup>3</sup>.

La tendencia consensualista en la justicia penal obedece a una lógica racionalizadora y de eficacia, y que no es ajena al movimiento de expansión de los derechos del hombre.

---

<sup>1</sup> Sobre el tema, vide J. PRADEL, «Le consensualisme en droit pénal comparé», Separata del número especial del *Boletim de Direito de Coimbra* - «Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia», 1984, p. 5 y ss.; id., «Travail d'intérêt général et médiation pénale. Aspects historiques et comparatives». «Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?», Bruxelles, 1997, p. 31 y ss.

<sup>2</sup> Habla de “contractualidad” del derecho penal P. SALVAGE, «Le consentement en droit pénal», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1991, nº 4, p. 702.

<sup>3</sup> En este sentido, *cf.* F. TULKENS y M. VAN DE KERCHOVE, «La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1996, p. 443 y ss.

En verdad<sup>4</sup>, en las sociedades modernas, complejas y plurales, el individuo ha visto reforzada su legitimidad en detrimento del Estado, convirtiéndose en raíz, proyecto y límite. El aparato estatal ha dejado de identificarlo, como hasta entonces lo había hecho, de acuerdo con el lugar que ocupa y con los papeles que desempeña. Se han atenuado los lazos de reciprocidad que unían la persona al Estado, y surge una frente al otro, en cuanto tal, por el simple hecho de existir.

Esta revaluación de los derechos del hombre va mucho más allá de las puras declaraciones revolucionarias que privilegian al «ciudadano».

El Estado ya no se siente incumbido de una misión de socialización que, manteniendo a los individuos sometidos a un interés general, autorice métodos de coacción individual o colectiva propios del control social. Ha dejado también de existir, entre el Estado y el individuo, cualquier relación que sirva de fundamento a un equilibrio socializante<sup>5</sup>.

El Estado ha renunciado a su función integradora, ha retrocedido y aceptado funcionar como garante, contra sí mismo, de la protección y promoción de los derechos de la persona (derechos “egoístas”). En síntesis, el Estado ha restringido su ámbito de acción para aumentar el que reserva a la libre determinación de la persona.

Los derechos del hombre sobre los cuales se construye la sociedad «constituyen la afirmación de una ética social fundada sobre una cierta idea del Hombre considerado como un ser libre, titular de derechos fundamentales, cuyo respeto se impone a todos, incluso al propio Estado»<sup>6</sup>.

La “nueva” justicia penal se asume como guardiana de esta concepción del Hombre, que se expresa a través de declaraciones solemnes y convenciones internacionales.

Las exposiciones de motivos de códigos recientes reflejan esta tendencia: «Sin negligenciar la salvaguardia de las instituciones republicanas y la paz pública, sin menospreciar la necesidad de proteger los bienes y los intercambios económicos, se defiende que el nuevo código penal debe tener por finalidad primero la defensa de la persona humana y contribuir a asegurar su pleno desarrollo, protegiéndola de todos los atentados que se relacionen con su vida, con su cuerpo, con sus libertades, con su seguridad, con su dignidad y con su ambiente» — así es como se expresaba el proyecto de código penal presentado al Parlamento francés, en 1986, por el Ministro de Justicia, Robert Badinter.

La política criminal se ha visto, así, envuelta en el centro de una insuperable contradicción, pues se ha convertido en prisionera de una paradoja.

---

<sup>4</sup> Para lo que sigue, *cfr.* J. DE MAILLARD, *Crimes e Leis*. Biblioteca Básica de Ciência e Cultura. 1994, p. 108 y ss.

<sup>5</sup> J. DE MAILLARD, *op. cit.*, p. 98.

<sup>6</sup> J. DE MAILLARD, *op. cit.*, p. 112.

Observado como principal amenaza para la libertad individual, el Estado se ve conminado simultáneamente a desarrollar un sistema de protecciones jurídicas que garanticen el ejercicio de derechos y a replegarse precisamente por las mismas razones. Se trata, pues, de un movimiento circular de demanda de protección al Estado y de exigencia de autonomía del individuo.

En este contexto es natural que los sistemas penales contemporáneos multipliquen las situaciones en que el consentimiento es exigido; y no sólo en la acción penal —baste pensar en las diversas formas de transacción procesal— como también en el sistema punitivo.

Es una nueva comprensión que está naciendo. Evocar el consentimiento del delincuente en el ámbito punitivo era algo raro hasta hace bien poco tiempo. La pena expresaba el imperio de la justicia penal. Hoy, se comprende que, en un ámbito de preocupación por la individualización y la eficacia, el delincuente deba ser asociado a la aplicación y a la ejecución de la sanción. El derecho penal se encamina por una vía original tratando, cada vez más, de hacer que la punición asiente en el consentimiento del delincuente. De esta forma, por un lado, lo considera a éste sujeto de derechos, y por otro, intenta conseguir una mayor eficacia. Se reconoce ahora que la sanción más útil es aquella que el propio condenado acepta, ya que, al mismo tiempo que estimula su participación para alcanzar los objetivos pretendidos, va a desarrollar en él un sentido de responsabilidad. Y ello hasta el punto de que se plantea esta interrogación: contractual en sí misma o en su ejecución, ¿no estará la sanción penal en vías de mudar de naturaleza<sup>7</sup>?

En este espacio de consensualismo que los ordenamientos jurídicos de la actualidad tratan de llevar tan lejos cuanto les es posible, la prisión constituye la *ultima ratio* de la política criminal, la previsión de penas de sustitución es generosa y la pena se reconfirma en sentido positivo, prospectivo y socializador.

Este sentido socializador es fiel a los derechos del hombre y respeta la voluntad del condenado.

La aplicación de penas de sustitución, en algunos casos, sólo es posible con el consentimiento del condenado (como es en el de la prestación de trabajo a favor de la comunidad).

En la ejecución de la sanción, la concepción autoritaria se desvanece, no admitiéndose ni siquiera, en contra de la voluntad del recluso, cualquier tratamiento que conduzca a su socialización.

Por todas estas razones, la cuestión del consensualismo en la prisión nos reenvía al viejo, y siempre nuevo, tema de la socialización.

Pero, bajo este prisma, con un sentido renovado y más profundo.

---

<sup>7</sup> Para esta interrogación, P. SALVAGE, *op. cit.*, p. 715.

2. El concepto de socialización nunca ha sido pacífico. Si se quiere trazar un cuadro evolutivo, será necesario recordar los años sesenta y comienzos de los setenta, momentos en que el tema de la socialización dominaba el pensamiento político-criminal.

Como es sabido, este pensamiento fue blanco de críticas que provenían tanto de sectores “progresistas” y “críticos” como de sectores “conservadores” y “represivos”: los primeros se cuestionaban sobre su legitimidad, los segundos le imputaban un rotundo fracaso<sup>8</sup>.

Regístrese que la crisis del modelo socializador —en que pontificó la emergencia, en los años de setenta, de los modelos penales de justicia— no tiene razón de ser. Basta considerar la situación en Europa continental, del sur o central, en que abrirse a la socialización nunca presentó manifestaciones que la hicieran quedar vinculada a un criticable modelo médico coactivo de tratamiento.

Bien sean abolicionistas o neogarantistas (neoclásicas), las tesis críticas más relevantes atacan a la socialización con base en la defensa de la autonomía del individuo frente al Estado. El aspecto positivo de estas actitudes fue, sin duda, la atención que provocaron sobre el tema de los derechos fundamentales, designadamente, sobre el derecho a la integridad física y psíquica, gravemente alcanzado por la imposición coactiva de terapias médicas o psicológicas tendentes a la modificación físico-psíquica del recluso.

En Estados Unidos, el renovado interés por la retribución encontró su fundamento inmediato en la discreción casi ilimitada con que eran tomadas decisiones tanto sobre determinar la medida de la pena, como sobre libertar al condenado que estaba cumpliendo pena de prisión.

Es cierto que el modelo de justicia, dicho neoclásico, que pretendió sustituir al modelo socializador, no puso en causa, por sí mismo, la limitación de las sanciones a través de los principios de la proporcionalidad y de la culpa. Sin embargo, la verdad es que la importancia concedida a la noción de *just deserts* —sobre todo cuando se articulaba con objetivos utilitarios de inocuidad o de intimidación general— condujo a que se generase, en muchos países, un clima represivo y potencialmente deshumanizante.

Por lo demás, abandonar el modelo socializador que este movimiento representó no produjo los cambios deseados: la criminalidad no disminuyó, el sistema judicial se hizo más lento, las cárceles comenzaron a estar superpobladas, el ambiente dentro de ellas empeoró visiblemente y la motivación profesional del personal comenzó a decrecer.

---

<sup>8</sup> Esta confluencia, a primera vista paradójica, fue puesta de relieve por ANABELA MIRANDA RODRÍGUES in *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade. Seu fundamento e âmbito*. Coimbra, 1982, p. 99 y ss., y en «Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social», *Cidadão delinquente: reinserção social?*, Instituto de Reinserção Social, 1983, p. 177 y ss.

3. Por todo ello, no es de admirar que se asista, hoy, a un movimiento de sentido inverso a aquél que habían tratado de delinear las nuevas corrientes —inspiradas, repitámoslo, en la protección del individuo y de su eminente dignidad— y que estemos ante la inflexión de las políticas estatales y ante un rediseñar de la fisonomía de las sociedades europeas, alcanzadas por una especie de “pánico moral” importado de Estados Unidos. «Su objeto [...] es la delincuencia de los “jóvenes”, las “violencias urbanas”, los desórdenes cuyo crisol estaría en los “barrios sensibles”, y las “faltas de civismo” de las que sus habitantes serían los primeros culpados».

Escondida, en este movimiento, se encuentra una redefinición de la función del Estado que «se retira de la arena económica y afirma la necesidad de reducir su papel social y de ampliar, endureciéndola, la intervención penal». El “nuevo sentido común penal” es «la traducción y complemento, en materia de justicia, de la ideología económica y social basada en el individualismo»<sup>9</sup>.

Se trata, en última instancia, de una política para debilitar al Estado providencia.

La «excesiva generosidad de las políticas de apoyo a los menos favorecidos» recompensa la «inactividad» e induce a la «degeneración moral de las clases populares» y sería responsable del aumento de los niveles de pobreza y de la criminalidad, al mismo tiempo que favorecería el que surgiera una especie de *underclass* de pobres «alienados, disolutos y peligrosos»<sup>10</sup>.

Los nexos entre el declive del sector social del Estado y el desarrollo de su brazo penal son, pues, evidentes. Al mismo tiempo que se pide “menos Estado” en el orden económico y social, se exige “más Estado” con el fin de enmascarar y contener las consecuencias sociales destructivas que son resultado del deterioro de la protección social. El Estado individualista debe ser también un Estado punitivo. El aumento de la demanda de seguridad relativiza la demanda de igualdad. Idea clave de la “calidad de vida” es la “santidad de los locales públicos”, indispensable a la vida urbana. La seguridad —estrictamente definida en términos físicos y no en términos de riesgo de vida (salarial, social, médica, educativa, etc.)— emerge como prioridad de la acción pública.

Se está promoviendo, a la luz de esta lógica penal expansionista y puramente represiva, la idea de que “la cárcel funciona” y se invierte la estrategia anti-institucional en otros tiempos delineada en la política criminal<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Las citas están tomadas de un artículo titulado «L'idéologie de l'inécurité. Ce vent punitif qui vient d'Amérique», publicado en *Le Monde Diplomatique*, nº 541, 46º año, cuyo autor es Loïc Wacquant, Profesor de la Universidad de California, Berkeley e investigador en el Centro de Sociología Europea del Colegio de Francia.

<sup>10</sup> *Op. ult. cit.*

<sup>11</sup> En denuncia de esta política, *cfr.* E. LOTKE, «Criminal justice and human dignity in the United States», The National Center on Institutions and Alternatives, Septiembre, 1998 (gentilmente cedido por el autor; versión en portugués, publicada en la *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, año 6º, nº 24, 1998, p. 39 y ss.).

Se elaboran estudios con la intención de servir de base a las conclusiones de que «el hecho de que en Estados Unidos, entre 1975 y 1989, se triplicara la población prisional habría, únicamente debido a sus efectos “neutralizadores”, prevenido, sólo durante el transcurso de 1990, trescientos noventa mil asesinatos, violaciones y asaltos violentos» y que «los gastos con establecimientos penitenciarios son una inversión ponderada y rentable para la sociedad»<sup>12</sup>.

¿Qué decir a todo ello?

Es necesario reconocer<sup>13</sup> que el “clima moral-social”, el alargamiento indiferenciado de la intervención penal a las nuevas formas de criminalidad, organizada y de masas, y la inseguridad (o sentimiento de inseguridad) de la población potencian y caucionan un discurso represivo. Estos aspectos, aliados a una percepción social de la violencia, del riesgo y de la amenaza que se hacen presentes, hacen perder terreno a una política criminal que dé prioridad a la “garantía de la libertad” frente al “combate del delito”.

La política criminal tiende entonces a quedar reducida a una “política de seguridad”.

La superpoblación de las cárceles y la alteración de esa misma población –cada vez con mayor número de toxicodependientes, de extranjeros, de reclusos que cumplen penas muy largas y que presentan problemas de salud mental– no es sino resultado del endurecimiento penal que se ha producido en los otros niveles del sistema.

La invocación de la finalidad de la socialización en la ejecución de la pena de prisión o la invocación de derechos y libertades fundamentales se manifiesta en este cuadro como “anacrónica e ingenua”. El discurso de la ley y del orden tiende a ganar terreno<sup>14</sup>.

4. En la cultura de la transacción, de la participación y del consentimiento en que se busca hoy la “relegitimación” de lo penal, debe procurarse también la “relegitimación” de la socialización.

En esta lógica, el instituto de la prisión se diluye en un caldo de cultivo en que prevalecen los derechos del hombre y sólo tiene cabida la *socialización voluntaria*.

Las críticas a la socialización dejan de tener fundamento cuando la socialización reinterpreta sus propios límites.

---

<sup>12</sup> LOIC WACQUANT, *op. cit.*

<sup>13</sup> En este sentido véase: ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Temas fundamentales de execução penal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 6º, nº 24, 1998, p. 11 y ss.

<sup>14</sup> A este respecto y apuntando vías de solución, *cfr.* M. GALESLOOT, «Outwardly-oriented prison management» (gentilmente cedido por su autora). Actas de las Jornadas de Lisboa –1999– de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria (en prensa).

El “renacer” del pensamiento socializador puede explicarse de diversas maneras.

En primer lugar, porque los resultados de la política de “justa punición” no han sido satisfactorios.

También, porque se dispone, hoy, de investigaciones más fiables sobre factores psicosociales que interfieren en el comportamiento delictivo. La acumulación de experiencias permite la concepción de programas más precisos y más eficaces y las evaluaciones son realizadas de una forma más adecuada y diferenciada.

Y, finalmente, porque en el ámbito del tratamiento de la exclusión, se está poniendo de manifiesto un “redescubrir la ética en la relaciones sociales” como resultado de una “toma de conciencia colectiva de las disfunciones de nuestra sociedad y de la impotencia del Estado providencia frente al desarrollo de la nueva pobreza”.

Adaptado a los reclusos, este nuevo modo de regulación social –basado en orientaciones rehabilitadoras– aplica y desarrolla, en este campo, el concepto de “pertenencia a la comunidad”<sup>15</sup>.

El renacer de la socialización entrará, sin embargo, en quiebra, si no se produce en el cuadro de las garantías jurídicas consubstanciadas en el principio del Estado de derecho democrático.

Efectivamente, las nuevas resistencias en aceptar la socialización como finalidad de la ejecución de la prisión no se reducen al escepticismo con que todavía se encara la eficacia de la intención socializadora. Se nutren, en última instancia, del miedo de que ésta traiga consigo un resurgir de una filosofía penal basada en poderes discrecionales alargados a la forma, naturaleza y duración de la pena de prisión, lo que, de suceder, atentaría, de manera insostenible e injustificada, contra las libertades y los derechos de los reclusos.

Es cierto que, en rigor, no sabemos hasta qué punto han sido los resultados (negativos) de la evaluación sobre su éxito los que han contribuido al “declive” del concepto de socialización. Creemos intuir que, por lo menos en parte, la crisis se ha debido al hecho de que, en ciertos países (sobre todo en los países escandinavos), la socialización apareciera combinada con penas de prisión de duración indeterminada.

La cuestión reside, pues, en saber si el hecho de colocar la tónica en la eficacia del tratamiento socializador no presenta el riesgo de hacer resurgir problemas de poder discrecional ilimitado y de falta de respeto por los derechos de los reclusos que son los que lanzaron el descrédito sobre el ideal de la socialización.

---

<sup>15</sup> En este sentido véase A. M. MARCHETTI (con la colaboración de P. Combessie), *La prison dans la cité*, 1994, p. 296 y ss.



Estos recelos tienen fundamento y por ello se insiste en que cualquier forma de intervención potencialmente lesiva de los derechos fundamentales sea sometida a las garantías previstas en la Convención Europea de los Derechos del Hombre y en otros textos legislativos internacionales como las Reglas Europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad (Recomendación, nº R (92) 16)<sup>16</sup>.

El nuevo tipo de intervención con el recluso se ha de basar, así, en el reconocimiento de la necesidad de obtener su *consentimiento*, pero un consentimiento inteligente y fundamentado; se ha de basar en la importancia de colocar al recluso en condiciones de optar por adherir a la intervención (*motivación*) y sobre las ventajas de utilización de la noción de “contrato” cuando se quiere obtener la *participación* de éste en un programa de tratamiento.

Sólo de este modo es posible hacer compatible la intervención de socialización con el respeto por los derechos, libertades y garantías. Ante las carencias individuales y sociales de los reclusos, le incumbe al Estado recrear hipótesis de cambio que excluyan la vía de la coacción. O dicho de otro modo: es posible mantener un equilibrio entre el deber de ayudar a los reclusos a evitar la realización de actos delictivos y el deber de protegerlos contra los abusos de poder fundados en el arbitrio y en la represión.

La vía que se abre es, pues, la de la búsqueda de ese “punto de equilibrio”.

5. Desde este punto de vista, hay que rechazar la tendencia que pone de lado los objetivos de socialización con el pretexto de que éstos serían inalcanzables.

Como es de todos conocido, en la década de los setenta, las discusiones en torno a la política criminal quedaron marcadas por una fuerte convicción de que la socialización era totalmente ineficaz<sup>17</sup> o, por lo menos, de que era imposible extraer de ella conclusiones estadísticamente fundamentadas<sup>18</sup>. Y, aunque más tarde los resultados hayan sido objeto de evaluaciones positivas –incluso Martinson llegó a relativizar el discurso negativista<sup>19</sup>–, la socialización fue perdiendo terreno.

<sup>16</sup> Este aspecto lo pone de relieve M. R. HOOD, «Rapport Général», *Actes. Rapports présentés à la 20 e Conférence de Recherches Criminologiques* (1993), subordinada al tema “Les interventions psychosociales dans le système de justice pénale”, Conseil de l’Europe, *Recherche Criminologique*, vol. XXXI, p. 207 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. R. MARTINSON, *What works? Questions and answers about prison reform* (1974) y la conocida respuesta: “Nothing works”.

<sup>18</sup> Cfr., entre otros, D. LIPTON, R. MARTINSON, J. WILKS, *The effectiveness of correctional treatment*. New York, 1975 y C. LOGAN, «Evaluation research in crime and delinquency: a reappraisal», *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1972, 63, p. 378 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. «New findings, new views: a note of caution regarding sentencing reform», *Hofstra Law Review*, 1979, 7, p. 242 y ss.

La situación se agravó en la década de los ochenta, cuando cualquier debate serio sobre “lo que iba bien” con la socialización llegó a estar prácticamente prohibido. Todo ello lo prueban los veinticinco años de ausencia o de empobrecimiento de discusión existente en el seno del Consejo de Europa. Interrumpida en los setenta, la discusión sólo fue retomada en 1993<sup>20</sup>. Los que pretendían haber encontrado “tratamientos” penales eficaces suscitaron la desconfianza entre muchos criminólogos. Sus resultados positivos se veían sistemáticamente olvidados o rechazados, con el pretexto de que contenían lagunas o errores de evaluación o de presunciones injustificadas por insuficiencia de datos.

La utilidad del tratamiento fue especialmente puesta en causa a partir del punto de vista de la reincidencia que, según se estimaba<sup>21</sup>, no se conseguía de modo alguno evitar.

Siendo reductor querer sustituir el estribillo *nothing work* por la generalización aventurera de que “el tratamiento funciona siempre”, desde hace algunos años viene ganando peso la influencia de los que rechazan esta tesis negativa.

Existen datos, proporcionados por *meta-análisis*<sup>22</sup>, cuyos resultados están siendo publicados desde mediados de los ochenta, y otros instrumentos de estudio, que permiten concluir que ciertas intervenciones ejercen un impacto notable sobre las tasas de reincidencia y sobre otros criterios de comparación del éxito de la finalidad de socialización.

Además, se acepta que la *intervención psicosocial*<sup>23</sup> puede proporcionar un amplio número de oportunidades a los reclusos y puede servir para alcanzar otros objetivos que no sólo el de que disminuyan las tasas de reincidencia. Se trata de insistir en la necesidad de colocar “servicios” a disposición de los reclusos<sup>24</sup>. Son varias las situaciones: ayudar a los reclusos desfavorecidos, promoviendo la igualdad real; restablecer la salud mental; mejorar el clima institucional en la cárcel y disminuir las tasas de suicidio.

Se reconoce, por encima de todo esto, el relieve de variables externas que condicionan la socialización, lo que llama la atención sobre la nece-

---

<sup>20</sup> Cfr. *Actes. Rapports présentés a la 20e Conférence de Recherches Criminologiques* (1993), ya citado.

<sup>21</sup> Debe referirse aquí, además de los estudios de Martinson, Lipton y Wilkkes, el de T. B. PALMER, «Martinson revisited», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1975, 12, p. 133 y ss.

<sup>22</sup> Sobre el método del meta-análisis, cfr. M. F. LÖSEL, «L'évaluation des interventions psychosociales en prison et en d'autres contextes pénaux», *Recherche criminologique*, cit. p. 84 y ss. y 106 y ss; *id.*, «Meta-analytische Beiträge zur wiederbelebten Diskussion des Behandlungsgedankens», M. STELLER, K.-P. DAHLE, M. BASQUÉ (Eds.), *Straftäterbehandlung Argumente für eine Revitalisierung in Forschung und Praxis*, 1993.

<sup>23</sup> Sobre esto, cfr. S. REDONDO, V. GARRIDO, E. PÉREZ, «Entorno penitenciario y competencia psicosocial: un modelo integrado de reinserción social», *Papers d'Estudis i Formació*, nº 4, 1988, pp. 9-21 y S. REDONDO, «El ambiente penitenciario: su análisis funcional y aplicaciones», *Delincuencia*, vol. 1, nº 2, 1989, pp. 133-161.

<sup>24</sup> En esta línea, L. DAGA «Trattamento penitenziario», *Enciclopedia del diritto*, XLIV, p. 1329 y ss.

sidad de que esta finalidad implique también una intervención dirigida a la sociedad. Es preciso preparar a la sociedad para que reciba a los exreclusos. Una política adecuada de socialización exigirá, pues, una coordinación y colaboración efectiva entre la administración penitenciaria y las entidades responsables, en la sociedad, de los diferentes sectores sociales. La socialización intramuros sólo tendrá sentido si se presenta como una socialización de transición hacia la libertad.

Finalmente, es también la ligazón automática tratamiento-socialización lo que definitivamente, y estamos de acuerdo con ello, es puesta en cuestión<sup>25</sup>. Ofrecer *medios* –de tratamiento– al recluso con vistas a su socialización es siempre tendencioso. No existe una relación necesaria.

La oferta de programas de tratamiento, mientras tanto, tendrá siempre como efecto disminuir o evitar las consecuencias de la permanencia en los establecimientos prisionales. Siendo así, el juicio negativo sobre las potencialidades de tratamiento ofrecido al recluso nunca podrá basarse únicamente en que no se alcance el objetivo de socialización, y deberá tener en cuenta su utilidad para alejar o paliar los efectos nefastos de la prisión –en último término, valorándolo como factor de “humanización” de la prisión.

Por otra parte, no es exacta la idea de que la socialización sea actualmente un concepto “viejo” u “olvidado” en la generalidad de los países europeos, principalmente en Escandinavia o incluso en Estados Unidos y en Gran Bretaña, países en los que se verificó un mayor declive de la idea de socialización, como contraposición al mayor apogeo que, también allí, ésta había conocido antes.

Desde luego, no se puede decir que ya no existan programas de socialización en las prisiones americanas. A pesar de que muchos analistas piden que se abandone tal modelo después de la publicación de los estudios de Martinson en 1974 y de Lipton y otros en 1975 y de las conclusiones negativas de las investigaciones sobre la eficacia de las técnicas de socialización, lo cierto es que, de acuerdo con datos obtenidos a partir de 1983, la mayor parte de los directores penitenciarios no están dispuestos a abandonar los programas de socialización. De hecho, están convencidos de que «tales programas son eficaces en aquellos grupos de delinquentes que manifiestan suficiente interés y están motivados para aprovecharlos. Además de que estos programas ofrecen alguna evasión a los fenómenos negativos de la prisión como pueden ser la soledad, la pérdida de autonomía y de capacidad de iniciativa, las amenazas latentes o manifiestas de violencia, la rutina, la monotonía y la masificación de actividades y relaciones»<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Así, también, L. DAGA, *op. cit.*, p. 1310.

<sup>26</sup> D. FARRINGTON y L. WILSON, *Understanding and controlling crime*, 1986, apud V. GARRIDO y S. REDONDO, «El tratamiento y la intervención en las prisiones», *Delincuencia*, 1991, vol.3, nº 3, p. 302.

En Gran Bretaña, la situación es muy semejante. Del mismo modo que en Estados Unidos, los programas de tratamiento se han resistido a desaparecer. La situación no es de modo que se pueda decir que exista una planificación básica en lo que se refiere a la organización de las prisiones o a las líneas maestras que definen el cuadro de intervención socializadora. De cualquier modo, puede identificarse una corriente con alguna influencia, denominada como constructivista<sup>27</sup>. Con esta expresión se designa fundamentalmente a un método de tratamiento basado en el aprendizaje de competencias sociales y en el restablecimiento de relaciones interpersonales, bien diferente y alejado de los modelos terapéuticos. El énfasis no se coloca tanto en diseñar programas con gran rigor metodológico, capaces de demostrar aptitud para disminuir la reincidencia, sino en implicar a todos los funcionarios de la prisión –de vigilancia y técnicos de socialización– y a los propios reclusos en programas destinados a rentabilizar al máximo su talento con la finalidad de desarrollar competencias de relación y de adecuación sociales.

De igual modo, en el modelo canadiense de “gestión de riesgo” es posible encontrar menos una ruptura que la continuidad con el sistema correccional de ayuda, tratamiento y rehabilitación<sup>28</sup>.

En resumen, se puede decir que la socialización ha acabado por sobrevivir a políticas penales que gozaron (o gozan todavía) del carisma de estar de “moda”. Y que, hoy, en países en que encarnizadamente se había combatido ese objetivo, se habla ahora de su renacimiento, con el mismo énfasis con que antes se había hablado sobre el resurgir de la prevención general y de la nueva represión penal, cumpliendo los ciclos de las finalidades de la punición.

Es, así, a través de los caminos abiertos por la solidaridad y por la protección de los derechos fundamentales de la persona, como la socialización se va renovando y haciéndose más profunda.

Importa, pues, trazar las principales líneas de fuerza generadoras de esa renovación y profundización.

6. Se dice que, cuando la contribución empírica pone en evidencia los efectos desocializadores de la prisión, el principal objetivo deber estar no tanto en socializar sino en *evitar la desocialización* del recluso<sup>29</sup>.

De hecho, la criminología viene revelando que la prisión no sólo produce efectos de desocialización sino que además crea problemas y dificultades ulteriores, cuando se perspectiva la vuelta del recluso a la comunidad.

---

<sup>27</sup> Cfr. V. GARRIDO y S. REDONDO, *op. cit.*, p. 303 y ss. Véase, también, el Annual Report and Accounts del Prison Service of England and Wales (Apr. 1997-Mar. 1998) titulado «Developing constructive regimes».

<sup>28</sup> En este sentido, cfr. M. VACHERET, J. DOZOIS, G. LEMIRE, «Le système correctionnel canadien et la nouvelle pénologie: la notion de risque», *Déviance et Société*, 1998, vol. 2, n° 1, p. 37 y ss.

<sup>29</sup> Al respecto, véase ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra. Coimbra Editora, 1995, p. 317 y ss. y p. 558 y ss.

El reconocimiento de los efectos desocializadores de la pena de prisión alerta sobre el peligro de que se asuma, *sin más*, la socialización como fin de la ejecución.

Se trata de una paradoja aparentemente irreductible: por un lado, la prisión produce un efecto de intimidación sobre el recluso, creando en él un estímulo de adaptación a las reglas de vida en sociedad; por otro lado, segrega al individuo de su estatuto jurídico normal, le hiere en su personalidad, favorece el aprendizaje de nuevas técnicas delictivas y propone valores y normas contrarios a los “oficiales”.

Es verdad que la vida cotidiana en el establecimiento prisional se rige por reglamentos ásperamente limitadores que dificultan y prohíben las más diversas actividades, subordinados siempre al objetivo principal que es el de “evitar problemas” y de lo que se trata, sobre todo, es de dominar al recluso. La importancia que se le atribuye a la seguridad, a la prevención de la fuga y al control regular y continuo de la vida del preso, convierten la cárcel, ya de por sí desocializadora como “institución total”, en un *hábitat* que expone al recluso a una *gran violencia*, factor que hay que considerar en la desocialización progresiva de su comportamiento y, por lo tanto, en la reconfiguración de las actitudes con que tiene que intentar lidiar con la situación.

A todo ello se le añade una planificación prácticamente absoluta de todo lo que el recluso puede y no puede hacer, siempre al margen de sus intereses y deseos.

*La ausencia de participación* tiene como consecuencia, entre otras, la *falta de desarrollo del sentido de responsabilidad* que vendrá a dificultar la preparación y posterior adaptación a la vida en libertad.

Todo esto obstaculiza la realización de un modelo de prisión no desocializadora y da pie a que se hable, con propiedad, en un predominio del binomio “orden y seguridad” sobre la *intervención* (socialización). Y esto es lo que realmente ocurre, por lo demás, con base en una equívoca asociación de objetivos aparentemente dirigidos a influenciar de modo positivo la personalidad del recluso pero que, en realidad, son de pura *custodia* y funcionan como instrumentos de “amaestramiento” de la vida institucional.

¿Cuáles son, pues, los objetivos que hay que tener en cuenta a la hora de conferirle a la ejecución de la prisión la finalidad de socialización?

A) El primer objetivo debe ser *evitar la desocialización del recluso*. Es un efecto que la criminología viene realizando, al llamar la atención hacia los factores de “infantilización” y de “subcultura prisional”, como típicos de la acción desocializadora ejercida por la prisión. *Socialización* debe querer decir, en un primer análisis, que debe ser suprimido cualquier obstáculo a su realización. Se retoma conscientemente el programa descrito por la doctrina a

través de la fórmula *nihil nocere*<sup>30</sup>: combatir las consecuencias nocivas de la privación de libertad.

Si ponderamos los efectos negativos del sistema penitenciario tradicional, el principio *nihil nocere*, tomado verdaderamente en serio, implica modificaciones profundas de la vida cotidiana de los establecimientos penitenciarios. Algunas propuestas iluminan este principio: la configuración concreta de la prisión no debe reforzar la carga de estigmatización social traducida por el juicio y por la pena; las limitaciones de derechos no pueden ser autorizadas, a no ser en la medida en vengan impuestas por razones de fuerza mayor, urgentes y en función del recluso (y no por necesidades de funcionamiento del establecimiento); las condiciones generales de vida del recluso deben aproximarse a las que caracterizan la vida en libertad (normalización de la vida penitenciaria); deben favorecerse las relaciones del recluso con el mundo exterior<sup>31</sup>.

Sólo cuando, durante la ejecución de la prisión, se puedan evitar los efectos desocializadores que generalmente se encuentran asociados a ella, el cumplimiento de la pena podrá desempeñar, por lo menos, un papel funcional en lo que se refiere a las exigencias de *advertencia*. Y que, ahora, ya no corren el riesgo de ser paralelamente anuladas por la desocialización.

Al colocar las cosas en estos términos, no abdicamos de reconocerle a la dimensión positiva de socialización una superioridad en el orden de los fines preventivos especiales: una vez asegurado que se evita la desocialización y que hay, por parte del recluso, necesidad de socialización, es a esta dimensión a la que se le debe conferir prioridad. En cualquier caso –y, desde luego, cuando la socialización no sea necesaria o sea *imposible*–, la ejecución de la pena cumplirá la función, también positiva, de advertencia.

Hay que añadir que un efecto seguro de la ejecución de la prisión orientada por la finalidad de prevención especial es el de la seguridad individual. Le cabe, sin embargo, un papel *subsidiario* con respecto a los otros fines de prevención especial, sólo justificado, si se atiende al grado de peligrosidad del agente, cuando, en relación con éste, no sea realista esperar resultados positivos ni en el sentido de su socialización ni en el de su advertencia.

B) La dimensión de socialización no quedaría, mientras tanto, completa, si no se considerase junto a la vertiente que trata de *evitar*, en la medida

---

<sup>30</sup> Cfr. H. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Übergang- Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, 1969, p. 178 y ss.

<sup>31</sup> Los aspectos de la ejecución de la pena de prisión que generalmente se oponen a estos mandatos, e inducen a la desocialización, son múltiples y no pueden ser aquí abordados uno a uno. Sólo para dejar constancia: relaciones prisión/sociedad (apertura de la prisión a la sociedad y apertura de la sociedad a la prisión); estructura arquitectónica de las cárceles (los aspectos cuantitativo y cualitativo del espacio); la vida cotidiana en las cárceles (la prisión como sistema social alternativo y la utilización del tiempo y del espacio).

de lo posible, la desocialización del recluso, aquella otra vertiente consistente en *promover* su no desocialización.

Y es éste, sin duda, el mayor desafío que se le coloca actualmente a la organización del régimen prisional.

La socialización no debe ser enfocada exclusivamente como preparación del recluso para volver a ser *socio*. El estímulo para que se adquiera una actitud social que respete los valores jurídico-criminales no puede hacer olvidar que el recluso ya es, en cuanto tal, *socio*, aunque lo sea sujeto a un estatuto especial, que, ni siquiera, excluye la titularidad de derechos fundamentales. Quedan ya muy lejanos aquellos tiempos en que los condenados a pena de prisión se veían despojados de todos los derechos, objetos de una oscura «relación especial de poder», creada y mantenida en un «espacio de no-derecho», en que el Estado se desvinculaba del respeto debido a la dignidad de la persona y el debido a sus derechos fundamentales.

La intención de *socialización*, aun teniendo como finalidad un fin positivo, no siempre contempló objetivos como los de que el recluso mantuviera sus derechos fundamentales.

De ahí que parezca esencial el que, antes de ser *socializadora*, la ejecución de la pena de prisión no se presente ante todo como *desocializadora*. Y ello en un doble sentido: por un lado, reduciendo al máximo la marginalización de hecho que la reclusión implica y reduciendo a su vez los efectos criminógenos que a ella vienen asociados; por otro, no amputándole al recluso derechos que su propia calidad de ciudadano le concede. Sólo la incorporación de la *no-desocialización* dentro del concepto de *socialización* podrá permitir resolver la paradoja, por tantos señalada, de que se pretenda preparar la reinserción social en un contexto, por definición, asocial.

De forma apodíctica: si el pensamiento socializador vigente en las últimas décadas ha logrado transformar al recluso de *objeto de la ejecución* de la prisión en *sujeto de la ejecución* de la prisión, urge ahora considerarlo *también* como sujeto *tout-court*.

C) En un panorama de la socialización viene ganando, pues, consistencia y contornos el estatuto jurídico del recluso.

Bien es verdad que las ideas de «corrección» o de «educación» no están en armonía con la existencia de duros y degradantes regímenes prisionales y presuponen, por el contrario, el respeto y la salvaguardia de la dignidad humana. Y es que sólo de este modo se puede fomentar en el recluso el sentido de responsabilidad y de pertenencia a la sociedad. Base imprescindible de un pensamiento socializador es, pues, que la vida en la cárcel se oriente hacia la preparación del recluso para la libertad y que, consecuentemente, en cuanto recluso, le sean asegurados los mismos derechos de que gozaría como persona libre.

El respeto por el *principio de la humanidad* en la ejecución no es extraño a la afirmación de los derechos de los reclusos. La «humanización» que había llegado a impregnar el derecho penitenciario de motivaciones culturales y religiosas, ha ido adquiriendo, mientras tanto, un sentido nuevo. No pertenece ya a la categoría de las costumbres o de las prácticas administrativas sino a la proclamación del recluso como sujeto de la ejecución.

Sólo podrá sorprenderse con la cronología relativamente tardía de este movimiento quien olvide la forma absolutizante como la noción de «relación especial de poder» llegó a conquistar a la ejecución.

En esta evolución<sup>32</sup>, la afirmación de un Estado de Derecho que se auto-limita frente al ciudadano y que transforma las “relaciones de poder” en relaciones jurídicas con recíprocos derechos y deberes es un hito fundamental en los cambios operados con respecto a la comprensión de la posición jurídica del recluso, que deja de ser objeto para pasar a ser “sujeto de la ejecución”.

Además, en el lento y complejo proceso de consolidación de la posición jurídica del recluso, la evolución se fue procesando a través del reconocimiento de las garantías constitucionales, cuando ya se le había reconocido a éste una situación jurídica incontestable. Hubo, en esos momentos, diversos tribunales que elaboraron decisiones que pueden clasificarse como «revolucionarias» porque se fundamentaban justamente en el ámbito del concepto de garantías constitucionales.

Finalmente, el hecho de valorizar los derechos de los reclusos es, de algún modo –y tenemos que subrayarlo–, reflejo de un movimiento general de defensa de los derechos fundamentales.

Afirmados en numerosos documentos internacionales, la mayor parte contienen principios referentes a la situación del detenido o del recluso.

A través de ellos o a través de declaraciones específicas, se presentan como incuestionables los progresos verificados, en la cultura jurídica de las últimas décadas, en todo lo que se refiere a la situación del recluso<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup>. Sobre esto, *cf.* ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso*, ya citado, p. 33 y ss.

<sup>33</sup> Como es bien sabido (*cf.* BUENO ARÚS, «Historia del derecho penitenciario español», *Lecciones de derecho penitenciario*, Alcalá de Henares, 1985, p. 9 y ss.), el reconocimiento de la posición jurídica del recluso se remonta a las corrientes reformadoras de principios de siglo, cuando, en 1925, la Comisión Penitenciaria Internacional proyectó la elaboración de reglas internacionales que condensaran unas exigencias «mínimas» que deberían ser aceptadas por todas las legislaciones en materia de ejecución de las sanciones privadoras de libertad. La Comisión elaboró, en 1929, y revisó, en 1933, un conjunto de reglas para el tratamiento de reclusos que, en 1934, sería aprobado en la Sociedad de Naciones. Como resultado de estos esfuerzos, aparecieron la Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, aceptadas, en 1955, por el primer Congreso de la Organización de Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de Delincuentes, cuya aplicación les fue recomendada a los gobiernos por Resolución del Consejo Económico-Social de aquella Organización con fecha de 31 de julio de 1957. Esta Reglas vendrían a tener un desarrollo «regional» cuando, el 19 de octubre de 1973, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobara las Reglas Penitenciarias Europeas, una nueva redacción, en algunos puntos perfeccionada –hay que destacar, sobre todo, el deseo de facilitar los contactos del recluso con el mundo exterior, el deseo de hacer más flexible la



La “codificación” de “Reglas Mínimas” que deben ser observadas en la ejecución representa una verdadera transición de la especulación científica, con raíces en el siglo XIX, hacia el dominio de la ley.

Estaba naciendo así un lenguaje nuevo de los derechos del recluso.

Esta afirmación de derechos vino a conferir a la ejecución una dimensión que le imprimiría carácter.

Se trata, ahora, de preservar en el recluso su naturaleza de ser “responsable” y “social”, de evitar que se haga más profundo el foso separador sociedad-recluso, del que la defensa y promoción de los derechos fundamentales es elemento esencial.

7. De todo lo que ya ha quedado expuesto, se puede concluir que la renovación del pensamiento socializador podrá condensarse en tres proposiciones: el respeto por la libertad de conciencia del recluso, la realización positiva de los derechos fundamentales del recluso y la obligación de intervención social del Estado.

Está definitivamente fuera de cuestión que la socialización se identifique con la “higiene moral” que había sustentado el correccionalismo. El Estado contemporáneo, de naturaleza laica y secular, no se encuentra legitimado para imponer a los ciudadanos códigos morales. De ahí que la pena de prisión no pueda tener como fin transformar al “hombre-criminal” en un “buen padre de familia”. La libertad de conciencia no sufre cualquier tipo de restricción por estar sometido a una pena de prisión.

Además, la titularidad de derechos fundamentales por parte del recluso le impone al Estado deberes de abstención con respecto a intervenciones lesivas de esos derechos (*nihil nocere*) y deberes de prestación que permitan su efectiva realización, sobre todo –pero no únicamente– en lo que se refiere a los llamados derechos sociales, principalmente el derecho a la salud, a la educación y al trabajo (*omnia prodesse*).

Están en causa exigencias de conformación de un estatuto jurídico *negativo* y *positivo* del recluso. Cualquier discriminación en relación con ciudadanos libres que se traduzca en una limitación de esos derechos sólo será constitucionalmente legítima, si viene impuesta por el sentido de la condena o por exigencias propias de la ejecución.

Con otras palabras<sup>34</sup>: en relación con el concepto de socialización dominante hasta hace poco tiempo, «la cuestión no se coloca en términos de

---

modelación de la ejecución y de desarrollar y dinamizar la participación de los reclusos en su socialización— de aquellas Reglas Mínimas. Las Reglas Penitenciarias fueron más tarde objeto de una revisión de conjunto en 1987 de donde resultaría la Recomendación del Comité de Ministros n° R(87)3.

<sup>34</sup> Así, P. MARY, *Délinquance, délinquance et insécurité. Un demi-siècle de traitement en Belgique (1944-1997)*. Bruxelles. 1998, p. 523.

“diferencia”, sino por referencia a lo que es común a cualquier individuo, es decir, a la existencia de un cierto número de derechos, tal como están inscritos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Si existe “diferencia”, ésta no se encuentra en el individuo, sino en la manera en como ciertos derechos le son –o no le son– asegurados».

Por último, el sentido socializador de la ejecución de la pena de prisión no resulta sólo de la doctrina (penal) de los fines de las penas ni incluso de una determinada organización (legal) del régimen penitenciario. Ha pasado a derivarse directamente del principio del Estado de derecho social acogido en las Constituciones de la mayor parte de los países europeos o incluso de declaraciones expresamente en ellas contenidas (como son los casos de España e Italia). Las obligaciones sociales del Estado, principalmente las que se refieren a la promoción del bienestar social y a la promoción de la igualdad real entre los ciudadanos, imponen una serie de prestaciones estatales destinadas al recluso, dada la particular situación de necesidad en que éste se encuentra. La intensidad del deber de auxilio al ciudadano recluso no es ciertamente inferior a la del deber que existe para con los ciudadanos desfavorecidos en general, sobre todo porque la reclusión es ordenada por el Estado para satisfacer un interés propio –restaurar la confianza de la comunidad en el derecho y, a través de ello, restaurar la cohesión social en torno a los bienes protegidos por el derecho penal.

Además del “deber ético de solidaridad” –al que, en Portugal, se refirió Eduardo Correia–, incumbe al Estado un específico deber jurídico de prestación para el ciudadano recluso: ofrecimiento del auxilio necesario para que éste, si así lo quiere, conduzca su vida futura sin practicar delitos. Un deber que asienta en un doble fundamento: por un lado, en los derechos fundamentales del recluso; por otro, en intereses de la sociedad constituida en Estado.

8. En una síntesis proyectiva, se podrá pues decir que el principio de socialización que hoy está presente en la ejecución de la pena de prisión deber ser *renovado y profundizado*.

*Renovado*, porque es de primordial importancia que la legislación y la *praxis* penitenciarias se orienten en el sentido de la *no desocialización* del recluso. Objetivo éste que sólo podrá ser alcanzado si se reconoce la *ciudadanía del recluso* y si se *protegen de forma eficaz sus derechos fundamentales*. Se trata de una preocupación que, en un primer momento, trasciende al problema penitenciario *stricto sensu* y viene directamente impuesta por los más elementales principios consagrados en la modernas Constituciones: principios de la igualdad, del Estado de derecho, o de la obligación impuesta al Estado de garantizar los derechos y libertades fundamentales.

En un segundo momento, ya concerniente a la cuestión penitenciaria, la intención de no desocialización del recluso impone una nueva conformación de la institución penitenciaria, en el sentido de la normalización y responsabilización posible de la vida prisional y una discriminación positiva del recluso que garantice, a través de las prestaciones estatales, aquellos derechos cuya realización no se basta con una abstención de interferencia del Estado.

A su vez, la no desocialización del recluso, sobre todo en la parte en que exige la garantía de los derechos fundamentales, reclama una mayor intervención del poder jurisdiccional en la ejecución de la pena.

La posición del recluso, desde esta perspectiva, no puede estar ya más *a cubierto del derecho*. Debe ser *cubierta por el derecho*, con las consecuencias constitucionales que de ahí se derivan en materia de intervención jurisdiccional. Lo que implica una intervención (más) activa del poder jurisdiccional en la ejecución de la pena de prisión y la reformulación del estatuto y del papel del abogado.

Pero, yendo más allá, el pensamiento socializador debe ser *profundizado* en el sentido de invertir seriamente en la preparación del recluso para su *socialización*.

La intervención social propiamente dicha continúa sirviéndose de medios tradicionales: constituyen su núcleo central la trílogía formación, educación, trabajo. Conviene llamar la atención sobre los nuevos métodos y programas de tratamiento —con objetivos bien definidos y dirigidos a problemáticas específicas— cuyo valor ha quedado demostrado en experiencias recientes.

9. Hemos llegado, de esta manera, al núcleo del concepto de socialización.

El pensamiento socializador no permite la *imposición de cualquier tipo de tratamiento coercitivo* al recluso, quien, por otra parte, no está obligado a someterse al mismo.

En la base de una ejecución orientada por la finalidad de socialización, con el sentido apuntado, está el presupuesto de que la ayuda ofrecida —*el tratamiento*— sólo es eficaz si cuenta con la participación voluntaria del recluso. La voluntariedad de la participación subyace en la concepción actual de tratamiento<sup>35</sup>, siendo dominante en el derecho comparado<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Sobre el principio del tratamiento voluntario, reafirmado en tiempos más recientes, *cfr.* en la doctrina alemana, A. BÖHM, «Zur 'Freiwilligkeit' in Strafvollstreckung und Strafvollzug» y EBERT, *Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege*, Berlin-New York, 1991, p.100 y ss.; en España, véase GARCÍA VALDÉS, *Teoría de la pena*, Madrid, 1985, p. 143 y, en Italia, A. BERNASCONI, «Art. 13 – Individualizzazione del trattamento», V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*. Cedam, 1997, p. 112 y ss.

<sup>36</sup> *Cfr.* nota anterior. Y también, informando sobre esta orientación generalizada, DÜNKEL/RÖSSNER/SCHÜLER-SPRINGORUM, «L' évolution du traitement pénitentiaire en Allemagne», *Revue Penitenciaire et de Droit Pénal*, 1992, nº 1, p. 20.

Por otra parte, el principio del tratamiento voluntario no puede dejar de hacerse valer, frente al peligro que para los derechos fundamentales del recluso representa la imposición de un tratamiento coactivo. El “tratamiento” es siempre un derecho del individuo y no un deber que le pueda ser impuesto coactivamente, momento en que siempre se abriría paso a cualquier manipulación sobre la personalidad, amplificada en la hipótesis en que el tratamiento afectase a su conciencia o a su escala de valores. El “derecho a no ser tratado” es parte integrante del *derecho de ser diferente* que no puede ser puesto en causa en las sociedades plurales y democráticas de nuestro entorno cultural.

La afirmación del principio del tratamiento voluntario es, pues, una evidencia, según la dimensión de “derecho” del recluso conferida a la socialización y entendida ésta también como emanación del principio de la dignidad de la persona humana.

Llevado a la práctica, éste significa la dimensión contractual del tratamiento.

Además, el tratamiento ofrecido no trata de modificar la personalidad del recluso, sino únicamente “promover un proceso” en que le cabe al recluso, y sólo a él, la posibilidad de extraer las ventajas que quiere de las “intervenciones” que se le ofrecen.

Puede decirse que es éste el camino ya proseguido y el que permitir abrir nuevas perspectivas al tratamiento.

Es preciso, no obstante, esclarecer algunos aspectos.

El problema se relaciona con la definición del concepto de tratamiento y, especialmente, con la delimitación, entre el conjunto de actividades que tienen lugar en los establecimientos penitenciarios, de aquéllas que deben ser entendidas como “medidas de tratamiento”.

Se preconiza, hoy, un alargamiento del concepto de tratamiento (concepto *amplio* de tratamiento) que abarca, en su totalidad, el campo de interacción y comunicación entre los reclusos y el personal encargado de la ejecución.

Se trata, por otra parte, de un concepto *abierto*, que puede integrar todas las medidas que, de acuerdo con la evolución de los conocimientos, se considere que favorecerán el objetivo de socialización.

No es ésta la solución seguida en algunos países, en donde se distingue entre “régimen” y “tratamiento”, adoptándose un concepto estricto de tratamiento. En España continúa haciéndose del tratamiento la ‘columna vertebral’ de la ejecución, subordinando los aspectos del régimen a este objetivo central. En Italia, se distingue “tratamiento-régimen” y “tratamiento-reeducativo”.

La consagración del concepto amplio de tratamiento<sup>37</sup> –más de acuerdo con la comprensión actual que para este tema se preconiza– explica que, en los países donde es acogido, no tenga expresión legal el principio del tratamiento voluntario. Aunque la consideración de la participación del recluso en la ejecución surja como límite al tratamiento –lo que permite hablar de una *necesidad* de participación que el refuerzo de la idea de “derecho” a la socialización viene a acentuar–, normalmente apenas se refiere que aquella participación debe ser “estimulada” y no se consagra un derecho de participación (como en los casos de Portugal y de Alemania)<sup>38</sup>.

De cualquier modo, en el modelo propuesto de tratamiento se pone de parte la consagración de un deber general de participación del recluso –que se rechaza completamente– y, por idénticas razones, se pone de lado, también, la consagración de deberes concretos de tratamiento. Ejemplifican esta hipótesis, entre otros, los casos de los deberes de trabajar o de someterse a tratamiento médico.

La configuración de los derechos y deberes del recluso debe obedecer, cada vez más, a una lógica que lo preserva de agresiones en su esfera jurídica motivadas únicamente por su cualidad de recluso. Lo que no provoca más que el hecho de que se adhiera, sin reservas, al principio del tratamiento voluntario.

Una concepción de tratamiento basada todavía en el sistema progresivo es también síntoma de un concepto de tratamiento fuera ya de lugar, intrínsecamente coactivo. Todo ello viene siendo sustituido por sistemas de *planificación individualizada*, construido con base en la idea de adecuación de la ejecución a las necesidades de tratamiento del recluso. Estos sistemas asientan en la planificación de la ejecución –con traducción en el “plano individual de reeducación”– conformada en dos (o más) fases, diferenciadas y coordinadas entre sí. La planificación propiamente dicha –cuyo objetivo es definir, entre otros, el tipo de establecimiento en que el recluso debe ser internado

<sup>37</sup> Cfr. art. 9º, nº 2, Decreto-Ley nº 265/79. En el mismo sentido, el § 2 (2) de la *Strafvollzugsgesetz* y el art. 13 del *Ordinamento Penitenziario* italiano. Sobre los principios que orientan el tratamiento –que debe ser individualizado, complejo, programado y dinámico–, cfr. DÜNKEL/RÖSSNER/SCHÜLER-SPRINGORUM, *op. ult. cit.*, pp. 19-20.

<sup>38</sup> Sobre el contenido y alcance de la participación del recluso en la ejecución, cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso*, cit., p. 88 y ss y 135 y ss. Equívoco, en España, vide BUENO ARÚS, «Notas sobre la Ley General Penitenciaria», *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 220-223, p. 23, cuando afirma que existe un “deber de participación” del recluso en el tratamiento. Críticamente, sin embargo, vide MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. Barcelona. Bosch. 1983, p. 268. En consonancia con la existencia de un sistema progresivo, afirman la validez del principio de participación voluntaria en relación con los medios concretos de tratamiento, pero no ya en lo que se refiere al tratamiento en sí mismo considerado, TAMARIT SUMALLA, SAPENA GRAU, GARCÍA ALBERÓ, *Curso de derecho penitenciario (adaptado al nuevo reglamento penitenciario de 1996)*. Barcelona. 1996, p. 203.

o los programas formativos o terapéuticos a que debe asistir— es posterior a la “observación sobre la personalidad y sobre el medio social, económico y familiar del recluso”. Así, la evolución de la ejecución es apreciada a la luz de los objetivos definidos en el plano, que puede ser alterado en función de la evaluación de los progresos experimentados. Éste es un sistema que está más de acuerdo con la idea de individualización y de participación-acuerdo del recluso que es lo que debe presidir la ejecución. El sistema progresivo, aunque susceptible de flexibilización (como ocurrió en España, motivado por fuerza de recientes alteraciones legislativas<sup>39</sup>) es comparativamente más rígido, modelado en función de escalas temporales preestablecidas que no permiten la individualización, participación y responsabilización del recluso, que es lo que hoy se desea.

Desde la perspectiva “contractual” de tratamiento, nada obsta a que se acepte un alargamiento hacia el *campo terapéutico* de las técnicas de tratamiento tradicional. El consentimiento del recluso excluiría, en cualquier caso, la hipótesis del tratamiento coactivo.

Pero, en cambio, ya el “modelo sinalagmático penitenciario” —de canje automático entre un beneficio concedido por la administración y un determinado comportamiento del recluso (por ejemplo, la reducción de un día de pena por cada x días de trabajo)— no se adecúa de manera alguna a una ejecución basada en la espontaneidad de la actitud de cooperación con la institución con vistas a la socialización. El carácter de premio del ordenamiento penitenciario, a través de la concesión de “beneficios” y no de “derechos” a los reclusos encubre la coactividad intrínseca de la ejecución. Y significa acentuar su aspecto disciplinario (inducción a mantener ciertos comportamientos con el fin de obtener un cierto resultado), en detrimento del tratamiento (aplicación de técnicas para obtener la socialización)<sup>40</sup>.

Es por ello por lo que las autorizaciones de salida, *pudiendo* ser concedidas si se verifican ciertos presupuestos, sólo lo *deben* ser en función de las exigencias y evolución del tratamiento (y no automáticamente, en función de una mera verificación de aquellos presupuestos) y siempre suponiendo el consentimiento del recluso.

Del mismo modo, la libertad condicional u otras formas de ejecución en libertad del resto de la pena (como es el caso de la *grâce conditionnelle*, en Francia, son institutos de inspiración consensualista, que conforman experiencias que deben ser multiplicadas. Lo que se afirma, por un lado, es que factor decisivo para su concesión debe ser, no la “buena conducta” “en sí”, sino el comportamiento prisional del recluso en su evolución, como índice de

---

<sup>39</sup> Cfr. Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (que aprueba el Reglamento Penitenciario).

<sup>40</sup> En este sentido, también L. DAGA, *op. cit.*, p. 1323 y ss.

su socialización (éste es el camino abierto recientemente en Portugal<sup>41</sup>). Por otro lado, al ofrecimiento de estas posibilidades hay que añadir la aceptación del recluso. Éste puede preferir permanecer en la cárcel, siendo libre a la hora de escoger entre cumplir el resto de la pena en la prisión o en libertad, a veces asociada a una o a varias obligaciones particulares.

En esta perspectiva contractual y totalmente alejada del modelo sinálgámico de premio a que antes nos hemos referido, se inserta la experiencia que viene siendo proseguida con notable éxito a nivel de tasas de reincidencia, en Gran Bretaña, en la prisión abierta de Latchmere House. La prisión fue instalada en la secuencia del Informe Woolf sobre el motín de 1990 en la cárcel de Strangeways. El Informe condenaba el exceso de población crónica de las cárceles, las malas condiciones de detención y una de sus recomendaciones era la de que se trabajase mucho más en favor de la rehabilitación de los reclusos. En Latchmere House la ejecución de la pena asienta en un contrato que los reclusos recién llegados tienen que firmar y que fija objetivos para cierto periodo de tiempo. El incumplimiento de estos objetivos implica, en último término, el regreso a una prisión cerrada. A lo largo del tiempo de cumplimiento de la pena, el recluso va desarrollando su sentido de responsabilidad y autonomía. Una progresiva abertura al exterior –por ejemplo, visitas a la familia– acompaña la evolución positiva del recluso.

10. El tono para el debate sobre la prisión en estos finales de siglo está dado.

Ya no se coloca la cuestión de su finalidad socializadora, sino que el problema principal son las condiciones de su ejecución.

Entre tanto, ante una superpoblación prisional con graves y nuevas dificultades y carencias, endurecida por la larga duración de las penas, enferma y extranjera, evitar la reincidencia es sólo uno de los objetivos deseados. El tratamiento ofrecido es, en este contexto, un factor esencial para evitar o aminsonar los efectos nocivos de la privación de libertad y para proporcionar mejores condiciones de detención y ayuda a los reclusos que la acepten. Sabido hoy que son multifactoriales las causas del delito, la prisión debe organizarse como un conjunto de “servicios” ofrecidos al recluso para resolver las dificultades de que la práctica del delito es expresión.

Propuesto en una base consensual, rompe con la lógica de control impuesto que estaba presente en muchas de las intervenciones del pasado y que debe ser alejada de la intervenciones del futuro, en nombre, no sólo de la protección de los derechos del recluso, sino también de consideraciones

---

<sup>41</sup> En esta línea, *cfr.* el régimen de libertad condicional (art. 61º del Código Penal). Sobre el instituto y su evolución entre nosotros *vide* J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*. Editorial Notícias, 1993, p. 528 y ss.

funcionales y pragmáticas que se relacionan con la eficacia de la intervención. En efecto, está hoy reconocidamente aceptado que un tratamiento forzado es un tratamiento fracasado. No desarrollándose en el recluso su sentido de responsabilidad –y esto es lo que el tratamiento contractual permite– no se puede pretender que éste aprenda a vivir en sociedad sin cometer delitos.

Es éste el desafío que se le plantea a la prisión. Después de haberse considerado al recluso como un sujeto de derechos, es preciso ahora tratarlo como tal.