

¿ TRATAMIENTO ?

Francisco BUENO ARUS

*Profesor Ordinario de Derecho penal
Universidad de Comillas - Madrid*

1. Quienes me conocen y han tenido contacto conmigo en el ámbito profesional saben que, a lo largo de treinta años, en actividades administrativas y docentes, en comunicaciones a congresos, en libros y artículos de revista, he sostenido la causa de la resocialización y del tratamiento penitenciario como fin esencial o contenido de la pena privativa de libertad, su legitimidad jurídica, su lógica constitucional, su coordinación (y no sólo compatibilidad) con los derechos fundamentales y el desarrollo de la personalidad, las condiciones de su validez y el ámbito de su posible eficacia durante la reclusión y, posteriormente, en la fase de libertad condicional. Diversas publicaciones lo atestiguan.

2. Al hacerlo así, he sido siempre consciente del desfase entre la letra de la ley y la realidad cotidiana, del riesgo que una normativa y una doctrina autocomplacientes corren de elevarse hasta el *cielo de los conceptos puros*, ocultando con su propio fulgor las sombras de *este valle de lágrimas*, donde las relaciones de poder, y por consiguiente de dominio, priman sobre los valores del amor, la filantropía y la solidaridad. *Solidaridad ¿para qué?*, podría decirse parafraseando a LENIN. Y, con todo, en este terreno de la finalidad constructiva de la sanción penal, algunos, aun sin ser krausistas, no hemos querido *dejar toda esperanza* y hemos mantenido desplegada a sabiendas la bandera de la utopía, creyendo o queriendo creer en la eficacia positiva de pretender ciento para conseguir uno. Por supuesto, la ley no basta, las declaraciones de principios no bastan, las aclamaciones parlamentarias no bas-

tan, no bastan los bellos discursos y las estimulantes (y caras) conclusiones de los congresos internacionales, pero (pensábamos) *se hace camino al andar*.

3. Pasado, sin embargo, *el medio del camino de la vida*, una cierta necesidad de examen de conciencia obliga, por coherencia y por respeto a sí mismo, a una revisión de los postulados que siempre se habían tenido por axiomáticos y fundamentales. Permittedme que ésta sea hoy mi postura entre vosotros. Voy a *deciros lo que siento*, y espero no tener que *sentir lo que diga*.

4. Las críticas más duras contra el tratamiento penitenciario, como núcleo de un sistema progresivo resocializador, provienen del ángulo de la *legitimidad*. Se ha dicho que la pena de prisión, y especialmente la prisión encaminada hacia la prevención especial, constituye un modo de control social burgués para la dominación del proletariado; que, en ese contexto, el tratamiento representa una manipulación ilegítima de la personalidad, que conculca la capacidad de autodeterminación, la intimidad y el derecho a ser diferente; que no se puede educar para la libertad en un medio privado de libertad y que no resultan ejemplares los valores que proclama una sociedad estructuralmente injusta y profundamente egoísta.

5. Sin embargo, en este terreno, me parece perfectamente defendible la finalidad resocializadora de la pena, por razones morales y por razones utilitarias. No tengo ningún inconveniente en afirmar el influjo de los principios morales en las instituciones jurídicas, porque la moral (en cuanto costumbre) condiciona la legitimidad y la eficacia de todos los órdenes normativos y de todas las realidades sociales. Si el Derecho se desconecta de la moral (que representa los intereses colectivos), se confunde necesariamente con la política (que representa los intereses de partido) y se transforma en un mecanismo puro de control social en que el poder se justifica por el propio poder. Solamente razones morales (justicia, igualdad de oportunidades) pueden salvar a la sanción penal de ser un puro instrumento de dominio al servicio del Estado, para convertirla en un mecanismo de *socialización* que complemente los defectos de la socialización espontánea de primer grado y de la socialización de segundo grado representada por las instancias educativas, ayudando al hombre a resolver sus problemas de adaptación a la convivencia. No siempre *el infierno son los otros*. También la salvación es colectiva. Si hemos de vivir en sociedad, y en la sociedad que tenemos, tenemos que aprender a *soportarnos* (en el doble sentido de la palabra) unos a otros. Y así la pena podrá ser utilitaria, noblemente, humanamente utilitaria, al contribuir al mejoramiento de las relaciones humanas.

6. Y, puesto que las relaciones humanas están basadas en situaciones de poder (en todas las acepciones y modalidades del término), la humanización de aquellas situaciones exige (si de verdad somos *animales racionales*) la racionalización del poder. Que la pena de privación de libertad sea razonable, resulta discutible como todas las instituciones jurídicas, pero, por si el dato parece útil (por universal), no puede olvidarse que todas las sociedades históricas han recurrido al mecanismo de la pena, que el Estado burgués del siglo XIX “inventó” la prisión como medio de racionalización de un ordenamiento punitivo dominado por las penas corporales, y que todos los modelos de Estado posteriores, cualquiera que sea su ideología y

su régimen político, han conservado (y a veces, en ediciones corregidas y aumentadas) la pena o medida de privación de libertad como mecanismo insustituible de control social. ¿Se puede deducir de aquí que el dominio sobre los cuerpos es una apetencia irrenunciable del poder político? Tal vez, pero ¿implicaría ello la imposibilidad de utilizar al mismo tiempo este mecanismo como procedimiento educativo, es decir, socializador?

7. No me parece convincente la afirmación apodíctica de que no es posible educar para la libertad privando de libertad. Pues la sociedad siempre educa para la libertad privando, total o parcialmente, de la libertad. En este terreno no serían concluyentes ni el modelo del *Emilio* ni el de *Tarzán de los Monos*. Por lo demás, también la prisión admite diversos grados de privación de libertad. Ciertamente, no podría esperarse mucho de la eficacia pedagógica del aislamiento celular, pero sí puede esperarse (y no poco) de la prisión abierta. *Hay muchas moradas* y la pedagogía consiste en la dosificación.

8. Tampoco me parece un obstáculo insuperable el *derecho a ser diferente* que quiere deducirse y que se deduce del constitucional libre desarrollo de la personalidad, porque ser diferentes no quiere decir ser antagónicos. El derecho a ser diferentes no significa el derecho a ser agresivos, el derecho a utilizar la violencia, el derecho a ejercer una libertad ilimitada, el derecho a guiarse como única norma por la propia conciencia (o falta de conciencia). No me valen tampoco los modelos de *Raskolnikov*, *Julián Sorel* o *Enrique de Ofterdingen*. En la aceptación de las reglas del juego básicas (ésas que Fausto descubría hasta en el infierno) la sociedad no puede admitir diferencias. La *ley del embudo*, pese al ejemplo que nos dan los políticos, no es una verdadera ley. Y no digamos tampoco que hay personas respecto de las cuales la finalidad resocializadora de la pena estaría de antemano condenada al fracaso, por ser imposible (delincuentes por convicción) o superflua (delincuentes de *cuello blanco*). Aun aceptando (y no es inconcuso) que ello hubiera de ser así, la consecuencia sería que respecto de estos antisociales la pena habría de dar preferencia a otras finalidades distintas de la prevención especial. Pero de ninguna manera significaría consagrar a cualquier precio el derecho a ser diferente.

9. No es, por lo tanto, por la vía de la legitimidad, sino por la de la validez (o vigencia) y por la de la eficacia por donde pueden surgir los obstáculos para la aceptación del tratamiento penitenciario. Un tratamiento válido es sinónimo de un tratamiento existente, de un tratamiento real. COHEN estima que, como los antiguos atenienses, “nos contentamos con palabras y tomamos de buen grado el verbo por acción. Como a ellos, no nos repugna cubrir la nulidad de una decisión con una fórmula sonora”. También esta maldición podría perseguir al tratamiento penitenciario, en la medida en que las bellas palabras legales no constituyesen *palabra en el tiempo* sino reflejos falaces, como en un espejo, de una falta de voluntad política sobre el particular.

10. En primer lugar, hay una cuestión previa o de orden. El tratamiento penitenciario pertenece al contenido del sistema de ejecución de las penas, el cual presupone un sistema judicial y procesal de aplicación de las mismas, que, a su vez, ha de ir lógicamente antecedido por un sistema legal que establezca las normas re-

guladoras de las penas, del procedimiento y de la organización judicial. Pero el régimen democrático español posterior a 1975 *edificó la casa por el tejado*. En lugar de comenzar por una reforma o promulgación de nueva planta de una Ley Orgánica del Poder Judicial, un Código penal, una Ley de Enjuiciamiento Criminal y una Ley General Penitenciaria, comenzó por la más llamativa (la última), prosiguió con *parches* al Código penal y en la actualidad se debate en la red de una reforma judicial insuficiente y mal concebida. Con ello, los diez años de vida de la Ley General Penitenciaria la han convertido en una *voz clamante en el desierto*. Y han conducido, sin duda, a una pérdida grave de su prestigio inicial.

11. Toda medida legislativa es letra muerta sin los medios (personales y materiales) que hagan viable su aplicación. En nuestro caso, los medios personales hubieran requerido la rápida constitución de los Equipos de Observación y de Tratamiento con expertos en las Ciencias de la Conducta procedentes del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias creado en 1971. Pero la lenta provisión de estas plazas y la más lenta dotación de asistentes sociales a los establecimientos penitenciarios (a cuya constitución en Cuerpo se opuso siempre el Ministerio de Hacienda) ha dado lugar a un interregno de provisionalidad durante el cual los Equipos trabajaron a medio gas. La situación actual, con los funcionarios del Cuerpo Técnico dispersos en puestos directivos y burocráticos, y aun fuera de Instituciones Penitenciarias, y con una invasión de contratados e interinos a los que no se exige formación ni interés por la materia penitenciaria, no parece la más adecuada para recuperar el hilo conductor que se ha dejado perder a lo largo de los años ochenta. De esta manera, la observación penitenciaria (primera fase del tratamiento) podría tener que contentarse con el *ojo de buen cubero*.

12. Los medios materiales comienzan por los propios establecimientos, de los que debe haber una variada clasificación, para poder dar cumplimiento, no sólo a las exigencias de la clasificación de los internos (segunda fase del tratamiento), sino igualmente a las derivadas del respeto al arraigo social de aquéllos, que no deja de ser, si no un derecho fundamental (protección de la familia), al menos una antecámara de la reinserción social. Pero una clasificación de establecimientos no se puede realizar si no existe el número suficiente de éstos, y el Plan General de Construcciones de Establecimientos Penitenciarios que se comenzó a perfilar en 1980 también se quedó, en gran parte, en una elucubración teórica, entre otros factores, por la nula colaboración de los Ayuntamientos para la edificación de nuevos establecimientos, con la poco solidaria regla de que *nuevas prisiones sí, pero en otra parte*. En estas condiciones, plantearse por ejemplo la existencia de establecimientos socio-terapéuticos (respecto de los cuales no dejó de ser consolador que hasta los alemanes se plantearan dudas sobre su viabilidad) o la eficacia del criterio de la celda individual salvo "caso de insuficiencia temporal de alojamiento" (art. 19.1 de la LOGP) podría parecer un rasgo de humor negro en un país que convierte lo temporal en eterno, aunque se haya pasado su historia temporalizando la eternidad.

13. El tratamiento se concreta en un programa individualizado, planificado con la participación del propio interno, y en la adopción de los métodos científicos (médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales) más adecuados a la personalidad de aquél (arts. 61 y 62 de la LOGP). La doctrina propor-

ciona una larga relación de métodos posibles: formación profesional, psicoterapia, psicoanálisis, psicodrama, terapia de comportamiento, laborterapia, sociodrama, medidas médicas y quirúrgicas... Todo ello, enmarcado en un ambiente, en el que serían características esenciales la seguridad física, la estructura, el apoyo por parte de los demás, el *feed back* emocional, la estimulación, la actividad, la interacción personal y las mínimas restricciones posibles a la libertad (TOCH).

¿Hasta qué punto se dan estos condicionamientos en los establecimientos penitenciarios españoles? La utilización de los métodos indicados requeriría de una abundancia de medios, cuya escasez sólo puede suplirse con el *empirismo* de los funcionarios de los Equipos. La estructura existente carece de Gabinetes de Criminología o similares, y aun de salas en condiciones aceptables para la práctica de la psicoterapia de grupo, que no deja de ser una de las técnicas más sencillas. Sería triste llegar a la conclusión de que, en cuestión de medios materiales, casi todo se reduce a los expedientes (donde el alma del interno queda empapelada) y a los medicamentos tranquilizantes en que ha desembocado cualquier tratamiento psiquiátrico.

Respecto del ambiente, no ya la estimulación y la interacción personal, sino hasta lo más elemental, la seguridad física, falta en los establecimientos, donde son permanentes las agresiones entre los reclusos y los *ajustes de cuentas*, decretados por unas *mafias* que gobiernan, dictan instrucciones sobre *cortes* y *pajarracas*, aplican una *justicia popular* por la vía rápida y sin apelaciones, controlan el tráfico siempre creciente de drogas tóxicas, y aun tratan de imponer la legitimidad de unas subculturas ideológicas, marginales o políticas, no solamente respaldadas sino incluso dirigidas desde el exterior.

14. La conexión del tratamiento con el sistema penitenciario propiamente dicho (progresivo o *de individualización científica*) es evidente, desde el momento en que la progresión o regresión de grado se determina en base a "la evolución en el tratamiento" (art. 65.1 de la LOGP), la modificación positiva o negativa de la personalidad y su reflejo en la conducta global del interno (art. 65 de la LOGP). Cabe dudar, sin embargo, de la bondad de esta metodología, desde el momento en que resulta posible que la clasificación y el destino a uno u otro establecimiento penitenciario estén influidos por la índole del delito cometido y la ideología de su autor, y en que es un hecho que los internos en un establecimiento de régimen cerrado puedan celebrar asambleas, o que la clasificación en tercer grado se lleve a cabo automáticamente, cuando el interesado está a punto de cumplir las tres cuartas partes de su condena, a fin de no perjudicarle en el disfrute de la libertad condicional, sin atender a los "resultados conseguidos por el tratamiento" que habrían de manifestarse en el informe pronóstico final a que se refiere el artículo 67 de la LOGP.

15. Uno de los principios más revolucionarios de la LOGP fue la consideración de que el régimen penitenciario había de estar subordinado al tratamiento, considerando aquél como *medio* y éste como *fin primordial* (art. 71 de la LOGP). Sin embargo, más verosíblemente, el Reglamento Penitenciario (art. 104) centra el tema de la disciplina (crucial en una institución como la prisión, *total* desde el punto de vista sociológico y *de sujeción especial* desde una perspectiva jurídica) en el

mantenimiento de la seguridad, el orden y la ordenada convivencia. Claro está que, con tales pretensiones, la disciplina habría de constituir la garantía de que el establecimiento ofreciese el *ambiente* adecuado para la eficacia del tratamiento a que antes se hizo referencia. Pero circunstancias muy diversas han hecho confusa la cuestión de la disciplina, que se escapa de las manos de los funcionarios y de las Juntas y que aparece también contaminada por el principio de *negociación* que hoy resulta progresista atribuir igualmente al dominio del Derecho público, produciendo la tal vez no deseada consecuencia de que no obtiene más concesiones quien negocia más razonablemente sino quien lo hace desde una posición de mayor poder. El clima de discriminación que este procedimiento crea entre la población penitenciaria no puede sino repercutir negativamente respecto de la deseada ordenada convivencia.

16. En un plano semejante, habría que recordar que la legislación penitenciaria vigente trató de implantar un comienzo de democratización en los establecimientos penitenciarios. De una parte, estimulando “sistemas de participación de los internos en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo” (art. 24 de la LOGP) y dando normas para la elección de representantes (art. 136 del RP); y, de otro lado, haciendo formar parte de las Juntas de Régimen y Administración a “dos funcionarios elegidos por la plantilla cada año” (art. 262.1 del RP). Es claro que la asunción de responsabilidades y el habituarse a métodos democráticos pueden cumplir un evidente papel educativo no despreciable en el contexto de un tratamiento resocializador. Pero cabe cuestionarse la bondad práctica de tales atisbos democratizadores en una realidad en que los “representantes” de los internos son impuestos por las citadas *mafias* que dominan el centro. Y no sirve de ningún consuelo el preguntarse si tales procedimientos directos están, en último término, tan alejados de lo que hace la Administración pública con sus funcionarios o de lo que sucede en otros ambientes profesionales. La democratización formal no se ha revelado materialmente incompatible con la *ley de la selva*, y no sería del todo lógico esperar mayores refinamientos por parte de las *subculturas* carcelarias que de las *subculturas* del exterior.

17. Las prestaciones a los internos que la Ley pone a cargo de la Administración, en el contexto de derechos y deberes que componen el entramado de la relación jurídico-penitenciaria, también pueden ser utilizadas como “actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados” (art. 59.1 de la LOGP), es decir, como elementos del tratamiento. Dichas prestaciones consisten en la instrucción y educación, el trabajo, la asistencia sanitaria y la asistencia religiosa.

La enseñanza habría de ajustarse, “en la medida de lo posible, a la legislación vigente en cuanto a las modalidades y características de la Educación Permanente de Adultos a nivel de Educación General Básica y Formación Profesional de primer grado” (art. 153.2 del Reglamento Penitenciario). Pero los cursos de alfabetización básica son poco representativos en el sentido aquí indicado y el resto de las enseñanzas alcanzan a un número muy reducido de internos. El desarrollo de actividades culturales, recreativas y deportivas, en colaboración con diversas instituciones públicas y privadas, está prácticamente en sus comienzos, aunque siempre sea de

agradecer que por este camino se resten al menos algunas horas al mayor enemigo de toda finalidad positiva de la pena, que es el ocio.

El trabajo, la gran panacea reformadora según HOWARD y "elemento fundamental del tratamiento" para nuestra LOGP (art. 26), es el gran *fantasma* de los establecimientos penitenciarios. No existe ni como formación profesional, ni como actividad lucrativa, ni siquiera como trabajo penal que fuera útil al Estado. El desempleo, en el que han colaborado la incapacidad de los órganos administrativos, la falta de solidaridad de empresarios y sindicatos, los destrozos ocasionados por los motines de los años setenta y la falta de interés de los propios beneficiarios, ha cerrado o reducido a una sombra los talleres que fueron florecientes en otras épocas y ha dejado incluso sin estrenar los de los nuevos establecimientos. Algunas actividades, "por hacer algo" y económicamente simbólicas, ocupan a un diez por ciento de la población reclusa. Hasta tal punto llega la *nada* laboral que ha sido preciso considerar trabajo las tareas de limpieza, que el artículo 29.2 de la LOGP excluye expresamente de tal consideración, para poder dar una base de aplicación a la famosa figura de la *redención de penas por el trabajo*, que, proscriba por la doctrina y por los proyectos *no-natos* de Código penal de 1980 y 1983, continúa sin embargo su andadura cincuenta años después de haberse implantado por un motivo tan coyuntural como lo fueron las consecuencias penitenciarias de la guerra de 1936-39.

La asistencia religiosa, concebida como ayuda para facilitar la libertad religiosa de los internos, hace tiempo que dejó de figurar oficialmente entre los elementos reformadores. Obviamente, la eficacia de la pastoral penitenciaria no puede contabilizarse.

La asistencia sanitaria, como soporte del tratamiento, revestiría el mayor interés en las actividades de tipo quirúrgico o psiquiátrico encaminadas a la *curación* o corrección de actitudes. pero la lobotomía no está de moda entre nosotros (afortunadamente) y el tratamiento psiquiátrico de hecho se ha convertido en un suministro de sedativos. Como conformadora del ambiente, la asistencia sanitaria tendría su más importante ámbito de actuación en la prevención de enfermedades contagiosas, que reinan en los establecimientos penitenciarios. Pero, por ejemplo, apenas recientemente hemos empezado a recibir alguna información sobre la extensión del SIDA y la parsimonia y la parquedad de medios con que se pretende *poner puertas al campo*. Algún día *las vírgenes necias* se lamentarán por este motivo. Tampoco es más alentador el panorama de las toxicomanías en las prisiones. Según la memoria de 1984, la última publicada, "solamente puede llegar al 2 por ciento el número de consumidores que, al ingresar en los centros penitenciarios, presentan un grado de dependencia tal que hace necesaria su específica asistencia y vigilancia médica". Los remedios que se aconsejan frente al problema de la drogadicción consisten sobre todo en campañas de información, "poner en juego la autoridad del médico y su fuerza persuasiva y disuasoria", limitar al máximo los medicamentos y recelar de la eficacia de las comunidades terapéuticas.

18. Los beneficios penitenciarios, que en una política coherente de la ejecución de la pena, habrían de estar sin duda orientados hacia la finalidad general de la reinserción social, en la práctica, por incapacidad o por desidia, derivan hacia

el automatismo. La redención de penas por el trabajo no requiere buena conducta ni trabajo *redentor*, sino ausencia de mala conducta reiterada (que, además, puede ser fácilmente cancelada) y una sombra de *fumus laboris*. Respecto de los permisos de salida “como preparación para la vida en libertad” (art. 253.2 del RP), son valorados como un derecho del interno que sólo empieza a suscitar cuidado cuando el permiso es aprovechado para cometer delitos de sangre o para proporcionar la fuga a un condenado por hechos que hayan ocupado en su día la primera plana de los periódicos. Tampoco la “evolución favorable” que permite el pase a la prisión abierta necesita de graves especulaciones sobre la personalidad del interesado, desde el momento en que puede pretenderse su aplicación global a colectivos determinados de reclusos (como sostuvo en 1980 el Gobierno Vasco) o desde el momento en que se practica con facilidad la clasificación en tercer grado sólo para no obstaculizar el pase a la libertad condicional (como si el que no estuviese preparado para lo menos pudiese sin embargo ser apto para lo más). Y, en cuanto a la libertad condicional, ni la “intachable conducta” ni las “garantías de hacer vida honrada en libertad” preocupan cuando cabe la posibilidad antes mencionada y cuando el beneficio puede otorgarse a quien carece de oficio o de beneficio. Con igual desparpajo se sostiene el derecho de los septuagenarios o enfermos a no entrar siquiera en la prisión. De esta manera, un humanitarismo entendido *parcialmente* desemboca en una concepción retributiva: los beneficios penitenciarios no son sino descuentos anticipados de las condenas judiciales prevenidos de modo general en las leyes y aplicables a todos los penados por el hecho de serlo, para compensar de esta manera una reforma de los códigos penales siempre prometida y nunca llevada a cabo con arreglo a valoraciones más modernas. No hay, pues, que *ganarse* los beneficios; forman parte integrante, por la *naturaleza de las cosas*, de la “hospitalidad” penitenciaria. Tampoco tienen, pues, por lo expuesto, nada que ver con el tratamiento.

19. No parece aventurado pensar que un sistema penitenciario tan poco válido tenga una continuación igualmente débil en la fase postpenitenciaria. Y, en efecto, no hay nada que pudiera hacer pensar en un tratamiento en libertad encaminado a fortalecer las motivaciones resocializadoras adquiridas tal vez durante el internamiento. La labor de los Equipos, buena, mala o regular, termina a las puertas del establecimiento, y la Comisión de Asistencia Social, que carece de Equipos y no abunda en asistentes sociales, apenas puede hacer otra cosa que caer o recaer en lo que la memoria de la DGIP de 1984 llama “la vieja tentación paternalista del donativo, el pequeño remedio urgente para casos particulares”, y aun esto en contados casos. Los contactos, las ayudas y los convenios de cooperación que se van estableciendo con otras instituciones, sobre todo, con los Ayuntamientos, no dejan de ser una esperanza, pero también pálida. Más ilusionador sería que las Comunidades Autónomas asumieran sin vacilaciones la asistencia social penitenciaria o postpenitenciaria como un sector más de la “asistencia social” global, que estatutariamente les compete. ¿Comprenderemos algún día que la única posibilidad de reinserción social pasa por la necesidad de que las instancias públicas que asumen las prestaciones para todos los ciudadanos las asuman en igualdad de condiciones para los ciudadanos internados?

20. La preparación para la reinserción social en que habría de consistir el tratamiento, ha de encontrar su culminación (la reinserción efectiva) cuando el interno recupera su libertad. Pero no puede haber reinserción social si la sociedad no quiere, porque éste es un asunto de dos y no exclusivo del condenado. Y es un hecho que la sociedad no quiere, y no vale la pena reiterar aquí un tema que los pensadores críticos han puesto suficientemente de relieve: la sociedad no rechaza al que quebranta las normas (y con frecuencia admira y envidia más a quien las quebranta con más osadía), sino al que ha sido estigmatizado por su sujeción a un proceso y su estancia en prisión, es decir, al que no fue suficientemente hábil para librarse de las cadenas, como los galeotes del Quijote. Es un hecho que, mientras la doctrina defiende la supresión de los antecedentes penales, por su carácter discriminatorio y contradictorio con la finalidad resocializadora de la pena, la sociedad desearía un Registro de efectos permanentes y de libre acceso para cualquiera. Y el Estado no ha tenido habilidad ni tal vez el serio propósito de crear un ambiente favorable a la idea de que, si la sociedad desea la desaparición de la delincuencia (que no es identificable con la eliminación de los delincuentes), la sociedad debe participar también abiertamente en la solución del problema penitenciario. No estoy indicando la necesidad de que la sociedad cambie sus estructuras (todavía está por demostrar la posibilidad de un cambio en el que *llueva a gusto de todos*) sino simplemente de que sea coherente con sus proclamados criterios éticos y jurídicos. En este contexto, ¿puede extrañar que la reincidencia en 1984 represente el 57% de los penados cumpliendo condena y el 158% del nivel de reincidencia de veinte años antes?

21. En conclusión, el tratamiento penitenciario, legítimo en teoría, inviable en la práctica por falta de medios y de voluntad para ponerlos, absolutamente ineficaz por lo tanto para responder a lo que la Constitución requiere de la ejecución de la pena de privación de libertad, es un simple *flatus vocis*. Para los políticos, constituye exclusivamente un término literario que puede utilizarse en un discurso o una exposición de motivos *ad pompam vel ostentationem*. Para los funcionarios, representa una ocasión perdida o una segura utopía, de la que no vale la pena preocuparse cuando está en juego la misma supervivencia. Para los internos, no es otra cosa que un pretexto para presionar buscando una situación que no resulte más desfavorecedora que la de otros *privilegiados*. Para los ideólogos, es una manipulación. Para la sociedad, es algo que no entienden y que difícilmente, si lo entendieran de verdad, aceptarían. La perpetuación de tal fósil en el lenguaje de la ley, tal vez ya, en lugar de permitir conseguir uno pretendiendo ciento, llegue a tener un efecto contraproducente. Cuando *algo huele a podrido en Dinamarca*, la credibilidad en el Derecho, y con ella su posibilidad de ayudar a resolver conflictos o a mejorar la convivencia, se cuartea. ¿O es que es acaso signo de nuestro tiempo la inseguridad existencial y la ley de la selva? *No vemos la luz del sol y tampoco el brillo de las estrellas*. Sin embargo, seguirá existiendo el Derecho, seguirán existiendo los delitos y las penas, las estigmatizaciones y los controles, seguirá habiendo prisiones, y tal vez tengan razón los que se han limitado a proponer una mera reforma humanitaria de las mismas. Para el tratamiento penitenciario, *no hay caminos*.

22. Por todo ello, y porque algún criterio tiene que orientar también a los que tenemos algo que ver con el Derecho penal, que estamos empezando a *dar palos*

de ciego, tal vez sea lo más viable atenerse al principio de intervención mínima, es decir,

a) Tipificar en las leyes penales el menor número de conductas posibles (descriminalización), aumentando la cuota de control social que corresponde al Derecho administrativo.

b) Enjuiciar el menor número posible de delitos cometidos, introduciendo para ello en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad en la persecución criminal.

c) Utilizar como penas para los delitos merecedores de sanción aquéllas distintas de la privativa de libertad, en el mayor número posible de casos (despenalización), o interpretando con la mayor flexibilidad posible los presupuestos de la suspensión condicional de la condena.

d) Ejecutar las penas de prisión impuestas en las condiciones más favorables posibles, interpretando igualmente con la mayor latitud posible los supuestos de aplicación de la prisión abierta, los permisos de salida (con las suficientes garantías) o la libertad condicional anticipada.

e) Prodigar los indultos totales y parciales, con base en la justicia, la equidad o simplemente el principio del *mal menor*, en la medida en que así resulte de las propuestas judiciales o de los informes de los establecimientos penitenciarios o de los organismos de asistencia social.

No se puede desconocer el riesgo de *polittización* que acecharía a una política penitenciaria así entendida (como, por lo demás, acecha constantemente a cuanto tiene que ver con el sistema penal), pero habríamos de confiar en la posibilidad de evitar o paliar las discriminaciones enojosas por el control judicial del sistema y en el carácter compensatorio de los beneficios sociales que de aquí se podrían derivar, si ello habría de contribuir a un clima de menor crispación y de mayor solidaridad. En todo caso, porque tampoco sería justo que *los platos rotos* los pagaran siempre los mismos, toda medida que suponga un beneficio discrecional a los responsables de un delito debe ir acompañada, como presupuesto indispensable, de la indemnización a las víctimas del mismo, salvo casos de insolvencia real, y en éstos habríamos de plantearnos una vez más la responsabilidad civil subsidiaria del Estado que soñara GAROFALO. Tal vez ésta puede ser *también* una utopía sugestiva.