

Manuel Gallego Díaz

Profesor Ordinario de Derecho Penal
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Tratamiento penitenciario y voluntariedad

1. EL MODELO REHABILITADOR Y TRATAMENTAL DEL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO ESPAÑOL.

El ordenamiento penitenciario español se adscribe decididamente, aunque con las cautelas introducidas por el Tribunal Constitucional¹, al modelo rehabilitador, consecuencia de la opción adoptada en la Constitución Española (art. 25.2) sobre la finalidad de la pena. Este precepto constitucional consagra un mandato irrenunciable para la Administración penitenciaria de orientar la ejecución de las penas privativas de libertad a la reeducación y inserción social, por lo que no se puede condicionar la resocialización a planteamientos políticos ni económicos. Lo contrario sería condenar a los internos al amedrentamiento y al puro castigo². Por ello la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) establece en el artículo 1 que “las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y inserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad”, aunque sin olvidar “la retención y custodia de detenidos, presos y penados”. Y para lograr esta finalidad de reeducación e inserción social, la LOGP, nacida –como sus homólogas alemana e italiana– todavía en una época de cierto fervor resocializador³ que pensaba que el tratamiento podía ser la solución para todos los problemas del delincuente, le dedica todo el título III haciendo de él eje vertebrador de toda la actividad penitenciaria.

¹ Véase Francisco RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 245.

² Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Laura RODRÍGUEZ ZÚÑIGA (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Universidad de Salamanca-Editorial Colex, Madrid, 2001, pág. 350.

³ Cuando en 1979 se aprueba la LOGP “la ideología del tratamiento” como eje de la ejecución penitenciaria ya es objeto de numerosas críticas y entra en una fase de decadencia (Carmen JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 115).

Según el art. 59.2 LOGP con el tratamiento se “pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general”. De acuerdo con el apartado 1 de este mismo artículo “el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados” y conforme al art. 62 a) LOGP “estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno”.

2. VOLUNTARIEDAD DEL TRATAMIENTO.

Para poder garantizar un mínimo de eficacia en su aplicación según las exigencias propias de las ciencias del comportamiento, y sobre todo por razones del debido respeto a los derechos del interno no afectados por la condena, el tratamiento no puede imponerse coactivamente, sino que es preciso que el interno acepte libremente someterse a él pues exige la cooperación voluntaria del sujeto tratado. El tratamiento, al igual que los distintos métodos y actividades que comporta, ha de tener un carácter necesariamente voluntario y, en consecuencia, el interno ha de poder rechazarlos válidamente. La imposición del tratamiento, aparte de atentar contra el principio de respeto a la personalidad de los internos consagrado en el art. 3 de la LOGP, supone ya su propio fracaso⁴.

Según este planteamiento, dominante en la doctrina y en parte también en el Derecho comparado, el tratamiento constituye un derecho del interno que la Administración penitenciaria ha de ofrecer y fomentar, pero nunca imponer, por lo que la primera regla –señalan FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN– que debe presidir la intervención penitenciaria es lograr la concienciación de su necesidad y su aceptación por parte del interno, pues todo el diseño de la programación tratamental resultará inútil si finalmente no se cuenta con la conformidad del penado, ya que el tratamiento es un derecho del interno, pero no un deber al que éste deba sujetarse⁵.

Pero para que sea voluntario el tratamiento no basta con que el interno consienta o dé su aceptación para colaborar en su planificación y desarrollo, sino que además es necesario que de su aceptación o rechazo no puedan derivarse conse-

⁴ Véase José Luis MANZANARES SAMANIEGO, en Manuel Cobo del Rosal (dir.) y Miguel Bajo Fernández (coords.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo VI, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pág. 933.

⁵ Luis FERNÁNDEZ ARÉVALO y Javier NISTAL BURÓN, *Manual de Derecho Penitenciario*, 2ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 557-558. En el mismo sentido Francisco MUÑOZ CONDE (“La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7 (1979), pág. 102), para quien el deber de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona.

cuencias desfavorables ni ventajas para él en la ejecución de la pena. En consecuencia, habrá que tener en consideración no solo la caracterización del tratamiento que sobre este extremo pueda efectuar el ordenamiento jurídico sino sobre todo las consecuencias jurídicas que se puedan seguir tanto de su aceptación como de su rechazo o negativa a colaborar⁶.

3. FALTA DE CLARIDAD DEL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO ESPAÑOL.

Pero el ordenamiento penitenciario español no se caracteriza en esta cuestión precisamente por su claridad hasta el punto que su ambigüedad ha llevado a algún sector de la doctrina a hablar del tratamiento incluso como un deber del interno. No obstante, aunque el artículo 62 LOGP no incluya la condición de la voluntariedad entre los principios que han de inspirar el tratamiento, a lo largo de la Ley –y sobre todo en el Reglamento Penitenciario de 1996 (RP)– parece abrirse paso, con algunos matices, la conclusión de que el tratamiento no puede serle impuesto al interno de modo coactivo.

El artículo 4 LOGP, después de enunciar en el apartado 1 los deberes de los internos, en su apartado 2 impone a la Administración penitenciaria la obligación de (“se procurará”) “fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado”⁷. En principio, pues, la ley en modo alguno incluye entre los deberes que recaen sobre los internos el de someterse al tratamiento. La intervención clínico-terapéutica en la que consiste según los métodos previstos en la LOGP no puede ser nunca una imposición coactiva, sino que ha de limitarse a un ofrecimiento de la Administración al interno que este necesariamente tendrá que aceptar de forma voluntaria. El deber no corresponde, pues, al interno sino a la Administración penitenciaria a la que se dirige el mandato de su fomento y estimulación entre los internos.

Por su parte, en la misma línea, el artículo 61.1 LOGP establece que “se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos”. Es verdad que esta colaboración puede ser voluntaria u obligatoria, pero, como indica TAMARIT SUMALLA, el segundo apartado aporta un poderoso argumento a favor de la voluntariedad al establecer que “serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su pro-

⁶ Borja MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1983, pág. 267.

⁷ “Una incorrecta redacción –considera MAPELLI CAFFARENA– permite entender que dichas técnicas no son las que dan contenido al tratamiento, sino las que deben emplearse para “fomentar” la participación del interno. De ser así la libre aceptación del tratamiento queda completamente neutralizada ya que entonces son las técnicas las que motivarán la colaboración y no la voluntad del penado. Pero tampoco es satisfactoria la solución contraria porque si se habla de fomentar, es lógico pensar que se establezcan cuáles han de ser los sistemas o medios por los que se va a procurar ese impulso a participar para que podamos deducir de ello la virtualidad de la libre aceptación de la terapia” (Borja MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pág. 267).

pio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tenida en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo”⁸. En cambio, en opinión de MANZANARES SAMANIEGO, estamos ante un precepto superfluo, pues nada nuevo aporta a la declaración del apartado 1. Según este autor, su justificación –nunca completa– sólo puede venir mediante la distinción, más o menos sutil e innecesaria, entre la voluntariedad del sometido a tratamiento y la libertad de colaboración en sus manifestaciones concretas. El mismo principio quedaría así proclamado a dos niveles distintos. En ambos, la voluntariedad es requisito indispensable, pero admite “fomento” (número 1º) o “estímulo” (número 2º)⁹.

Esta insistencia en el fomento y estimulación del interés y colaboración del interno en su propio tratamiento hace suponer que en principio el tratamiento no puede ser algo impuesto, sino que precisa de la voluntariedad. Fomentar es motivar, no obligar, ni que la renuncia al tratamiento tenga efectos negativos sobre la vida del interno dentro de la cárcel¹⁰. Es estimular el interés del interno para que encuentre razones que le determinen a aceptar someterse al tratamiento. Para ello será necesario que el interno tenga conocimiento de los resultados de la exploración de cada especialista, salvo de aquellos que los principios de deontología profesional aconsejen no comunicarle, y será informado de las alternativas y medios de tratamiento disponibles y de posible aplicación a su caso¹¹. Por ello el artículo 112.2 RP dispone que con el fin de estimular la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento “el profesional del Equipo Técnico encargado de su seguimiento le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y de los medios y plazos más adecuados para conseguirlos”.

Pero en todo caso, como señala TAMARIT SUMALLA, el art. 61 LOGP, constituye “una norma desgraciada tanto en su redacción como en su contenido, surgida como consecuencia de una enmienda que pretendía evitar el carácter de norma imperativa hacia el interno que tenía el Anteproyecto, pero sin que consiguiera la consagración legal de la idea de voluntariedad, hasta el punto de que, como se verá más adelante, se ha permitido a algunos autores afirmar la existencia de un deber de colaboración por parte del penado.”¹²

Según sugiere MANZANARES SAMANIEGO, “la misma forma utilizada en el artículo 61 –“colaborará”– “encierra unas connotaciones coercitivas que sólo pueden –y deben– eliminarse mediante una interpretación conjunta de todos los preceptos legales relativos al tratamiento”. E incluso este mismo autor se pregunta si la voluntariedad en el tratamiento no se verá constreñida, aunque sea indirectamente, por las técnicas de fomento y estimulación que establece la Ley¹³. Efectivamente, la estimulación o incentivación de la participación del interno en

⁸ Josep-María TAMARIT SUMALLA, en Josep-María TAMARIT SUMALLA, Ramón GARCÍA ALBERO, Francisco SAPENA GRAU y María-José RODRÍGUEZ PUERTA, *Curso de Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2005, pág. 259.

⁹ José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios a la legislación penal*, tomo VI, vol. II, cit., págs. 938-939.

¹⁰ Véase Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 317.

¹¹ Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2012, pág. 69.

¹² TAMARIT SUMALLA, *Curso de Derecho penitenciario*, cit., pág. 259.

¹³ MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2º, cit., págs. 933-934.

la planificación y ejecución del tratamiento puede dar lugar a coacciones indirectas si su aceptación por el interno obedece a las recompensas y los beneficios penitenciarios que pueda llevar consigo, con lo que en la práctica la voluntariedad del tratamiento puede tener poca vigencia¹⁴.

Además quedan en el ordenamiento penitenciario español, al igual que en el alemán, algunas manifestaciones que se compadecen mal con la voluntariedad del tratamiento y permitirían en cierto sentido conceptuarle como obligatorio. A este respecto, en opinión de Francisco RACIONERO, habría que mencionar las actividades laborales, ya que el art. 26 LOGP dispone que “el trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento”; el art. 5.2 g) RP que, al definir los deberes del interno, considera como uno de ellos “participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad”, lo cual se refiere a la realización de actividades del tratamiento prescrito al interno; la obligación de diseñar el programa individualizado de tratamiento (art. 20.2 RP); el principio de coordinación del régimen y el tratamiento (art. 73.3 RP); la consideración de actividad básica en la vida del Centro del trabajo y la formación (art. 76.3 RP); la contemplación en el horario de todas las actividades (art. 77) y, sobre todo, los requisitos para acceder a la libertad condicional anticipada (desarrollo continuado de “actividades culturales u ocupacionales”) (art. 205 RP) y al indulto particular (“participación en las actividades de reeducación y reinserción social” (art. 206.1.c) RP). Todas estas manifestaciones constriñen, o por lo menos matizan intensamente, el carácter estrictamente voluntario del tratamiento o hacen surgir dudas sobre su voluntariedad¹⁵. Es lo que sucede también con el artículo 51.2 LOGP, a cuyo tenor las comunicaciones pueden verse restringidas por razones, entre otras, “de interés de tratamiento”. En buena lógica, como señala MANZANARES SAMANIEGO, “si el someterse a tratamiento es voluntario, lo será igualmente someterse o no a cada modalidad o a cada manifestación del mismo”¹⁶.

La presencia en nuestro ordenamiento penitenciario de estas manifestaciones contrarias al principio de voluntariedad del tratamiento ha llevado a algunos autores a considerar que la colaboración del interno en el tratamiento constituye un deber para él. Por ejemplo, para ALARCÓN BRAVO¹⁷ o GARRIDO GUZMÁN¹⁸ se trata de un deber jurídico sin sanción a diferencia de lo que sucede con el régimen donde habrá lugar a las correspondientes sanciones disciplinarias. Pero esta noción de un deber no exigible –señala MANZANARES– cuyo incumplimiento no es sancionable por vía alguna resulta poco convincente¹⁹. Para BUENO ARÚS se trata, en cambio, de un deber con consecuencias jurídicas. Sostiene este autor,

¹⁴ Véase Laura RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, en *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., págs. 318-319.

¹⁵ Francisco RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario y privación de libertad...*, cit., págs. 245-246.

¹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2º, cit., págs. 938-939.

¹⁷ Jesús ALARCÓN BRAVO, “El tratamiento penitenciario”, en *Estudios penales II. La reforma penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, págs. 30-31.

¹⁸ Luis GARRIDO GUZMÁN, *Manual de ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, págs. 295-296.

¹⁹ José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2º, cit., pág. 933.

a partir del término colaboración (“colaborará”) a que se refiere el artículo 61.1 LOGP que existe una cierta obligatoriedad del interno a participar en el tratamiento, ya que su rechazo llevará consigo, si no sanciones disciplinarias, sí la pérdida de determinados beneficios penitenciarios (clasificación de grados, prisión abierta, libertad condicional...), con la consecuencia de que la prisión podría representar para él una mera retención durante el tiempo establecido en la sentencia judicial²⁰.

Para MAPELLI este planteamiento no puede ser aceptado de ninguna forma. En primer lugar, porque al tratado, al privarle de beneficios, no se le puede castigar más que al que no está necesitado de tratamiento. En segundo lugar, la ejecución de la pena del que no necesita tratamiento también está afectada por la resocialización de modo que no puede convertirse en una mera retención. En tercer lugar, porque la sentencia judicial entendida como sanción abarca tanto a los reclusos que rechazan el tratamiento como a aquellos que lo aceptan. Y, en cuarto lugar, porque el fomento del consentimiento entendido en los términos establecidos por Bueno Arús no dejaría de ser una falacia encargada de encubrir el tratamiento impuesto. “En el ámbito penitenciario –concluye MAPELLI– donde existe una situación de no libertad cualquier beneficio no recibido tiene la misma naturaleza que una pena. Si el que se acepte o no el tratamiento condiciona el traslado a un centro de régimen abierto, no alcanzamos entonces a comprender en qué términos se concibe la libertad para aceptar aquél. De estas reflexiones se deduce que si la ley ha optado por la fórmula “se fomentará” es necesario que este precepto se complemente con otro en el que se establezcan los límites de ese fomento para de esta forma poder averiguar si realmente existe o no libre colaboración del recluso”²¹.

Mayor claridad en la línea de la voluntariedad del tratamiento ofrece el artículo 112 RP. Después de insistir en su apartado 1 en la necesidad de estimular la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento, en el apartado 3 dispone que “el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado”²². Con todo, este precepto, al no establecer explícitamente la posibilidad de rechazar cualquier método de tratamiento, supone un retroceso en la vía del reconocimiento de la voluntariedad del tratamiento respecto de su concordante art. 239.3 RP de 1981 que disponía que “el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales, ni de regresión de grado de tratamiento”. A pesar de que en este precepto del anterior RP se evitaba también la referencia al rechazo global al tratamiento, se incluía no obstante el de cualquier método de tratamiento. El art. 112.3 RP vigente se limita a

²⁰ Francisco BUENO ARÚS, “Notas sobre la Ley General Penitenciaria” en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 220-223, 1978, págs. 115-116.

²¹ MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pág.268.

²² La práctica en realidad es muy otra, pues, como pone de manifiesto Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, la renuncia explícita al tratamiento o el incumplimiento deliberado de los métodos del tratamiento tienen efectos en el régimen penitenciario y en las posibilidades de libertad del interno (*Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 318).

hacer referencia únicamente al rechazo o no colaboración en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad. Y es que, como atinadamente considera TAMARIT, ello sigue siendo coherente con la concepción idealista plasmada en la Ley, que pone tal énfasis en el tratamiento que efectúa una ordenación del régimen penitenciario a partir de la clasificación en grados (operación vinculada absolutamente al tratamiento), sin plantearse la posibilidad de que exista algún interno que no sea objeto de tratamiento²³.

Más claro todavía en la línea del reconocimiento de la voluntariedad del tratamiento resulta el artículo 117.5 RP al establecer que “la participación en el programa podrá ser revocada por decisión voluntaria del interno, por el incumplimiento de las condiciones establecidas o por circunstancias sobrevenidas que justifiquen esta decisión”. No obstante este precepto se refiere únicamente a las medidas regimentales para la ejecución de programas especializados para penados clasificados en segundo grado.

Este repaso por el ordenamiento penitenciario español, cuajado al mismo tiempo de avances y retrocesos, evidencia su falta de claridad respecto de la voluntariedad del tratamiento. Como apunta Laura ZÚÑIGA los legisladores han regulado lo que en la práctica venía sucediendo: “una clara influencia del sistema disciplinario y las actividades regimentales, en la evolución o regresión en el grado del tratamiento o, dicho de otra manera, la renuncia explícita al tratamiento o el incumplimiento deliberado de los métodos del tratamiento tienen efectos en el régimen penitenciario y en las posibilidades de libertad del recluso”²⁴.

En conclusión, a pesar de las ambigüedades, reticencias y faltas de claridad se puede atisbar en el ordenamiento penitenciario español un pronunciamiento a favor de la no imposición del tratamiento, por lo que no puede ser contemplado como un deber del interno, sino como un derecho suyo que la Administración penitenciaria ha de proporcionar y fomentar. Como ya se ha expresado, ello no impide la presencia de algunas manifestaciones contrarias a la voluntariedad del tratamiento. Con todo queda claro que del rechazo del tratamiento no pueden deducirse consecuencias perjudiciales o desfavorables para el interno tanto en lo referente al ámbito disciplinario y regimental como a la regresión de grado. La única excepción clara a esta voluntariedad vendría determinada por la enseñanza obligatoria, común a todos los ciudadanos, pues según el art. 122.2 RP los cursos que deberá realizar el interno “tendrán carácter obligatorio sólo cuando los internos carezcan de los conocimientos propios de la formación de las enseñanzas básicas”. Aunque, como señala RACIONERO “es muy difícil de asumir –y aceptar en sede judicial– que la infracción de este deber educativo pueda tener como consecuencia una sanción”²⁵.

Mayores problemas presenta la existencia de coacciones indirectas que pueden suponer la pérdida o el disfrute por parte del interno de determinadas ventajas o beneficios si se deciden a optar por rechazar el tratamiento. Aunque no se deriven de ello sanciones disciplinarias, de hecho existen consecuencias y efectos por

²³ TAMARIT SUMALLA, *Curso de Derecho penitenciario*, cit., pág. 259.

²⁴ Laura ZÚÑIGA, *Manual de Derecho penitenciario*, cit., pág. 318.

²⁵ Francisco RACIONERO, *Derecho penitenciario y privación de libertad*, cit., pág. 245.

la no participación en el tratamiento. En este punto el ordenamiento penitenciario español se pronuncia en principio de forma distinta respecto al rechazo del tratamiento en relación con la clasificación y el acceso a los beneficios penitenciarios. Si del rechazo o la no aceptación del tratamiento, aunque no hubiera lugar a la imposición de sanciones, el interno pudiera verse efectivamente privado del derecho a progresar en grado o a acceder a los beneficios penitenciarios habría que concluir que el tratamiento no es tan voluntario como la propia legislación parece expresar²⁶.

4. VOLUNTARIEDAD DEL TRATAMIENTO Y CLASIFICACIÓN.

“Las penas privativas de libertad, según dispone el artículo 72.1 LOGP, se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados”. Este sistema de ejecución de las penas privativas de libertad constituye una modalidad del sistema progresivo basado en el tratamiento penitenciario y la clasificación en grados, pero se caracteriza por su flexibilidad toda vez que permite al penado ser clasificado en cualquiera de los grados previstos en la ley, excepto en el último de la libertad condicional –y en el tercero con algunas restricciones–, sin necesidad de tener que pasar por todos y cada uno de ellos y permanecer un mínimo o un máximo de tiempo en cada uno. En función de la evolución de la personalidad del interno y de sus avances o retrocesos en el tratamiento prescrito se producirán procesos de progresión o regresión en el sistema. Por otro lado, de acuerdo con cada uno de los grados de tratamiento en que el interno sea clasificado será destinado al establecimiento determinado que corresponda según al primero, segundo o tercer grado con un particular régimen de vida en cuanto a salidas, comunicaciones, horas de patio o permisos en los términos establecidos en el RP.

El sistema de individualización científica y la clasificación en grados están sujetos al principio de revisión periódica, pues según el art. 72.4 LOGP “en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”. Por eso, aparte de la clasificación que inicialmente corresponda al interno, el artículo 65.4 LOGP, reproducido a la vez por el artículo 105.1 RP, establece que “cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para considerar su anterior clasificación...”, salvo para la modalidad de primer grado que será cada tres meses (art. 98.2 RP). Estas ulteriores clasificaciones van a depender ya directamente de la evolución del interno en el tratamiento y así dispone el art. 65.1 LOGP que esta evolución “determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen”.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 65 LOGP para la evolución en el tratamiento y lo dispuesto en el artículo 63 para la clasificación inicial el proce-

²⁶ Vicenta CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 223.

so clasificador debe tener su principal asiento en la personalidad del interno, es decir, en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actividades del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad²⁷. Si, como señala MANZANARES, la clasificación se hace –en palabras del propio artículo 63– “para la individualización del tratamiento”, y si este se dirige a la reeducación y reinserción social del penado, pretendiendo que sea una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades (art. 59, 1 y 2 LOGP), ha de concluirse que lo que realmente interesa es la personalidad del reo. Todo lo demás solo servirá –al menos en principio– como síntomas o medios de conocimiento de dicha personalidad. Cuando el artículo 63 sitúa junto a la personalidad el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, olvida que, en buena técnica, esos últimos factores solo deben contar en tanto nos permitan conocer la personalidad del penado, y más exactamente el aspecto de la misma que conecta con el comportamiento criminal. El artículo 65.2 LOGP –reproducido esencialmente por el art. 106.2 RP– lo entiende de esa forma al disponer que “la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva”, añadiendo que la modificación, “se manifestará en la conducta global del interno”. Dicha conducta juega en la progresión en grado el mismo papel sintomático o medial que en la clasificación inicial, que comienza precisamente con “la adecuada observación de cada penado” (art. 63 LOGP)²⁸.

El artículo 65.3 LOGP, que es objeto de ulterior desarrollo por el art. 106.3 RP, mantiene igual criterio, aunque con otras palabras, para la regresión de grado, pues esta procederá “cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad”. También la formulación general en cuanto a nuevas clasificaciones –artículo 65.1 LOGP– se mantiene en esa línea, por cuanto dependen de “la evolución en el tratamiento”, lo que nos reconduce, fundamentalmente, a la evolución de la personalidad²⁹.

En opinión de MANZANARES SAMANIEGO el texto del artículo 63 LOGP merece severas críticas, por cuanto su tenor literal ni se ajusta a las coordinadas del sistema de individualización científica, en el que la clasificación se inserta, ni responde a las previsiones del artículo 65 sobre progresiones y regresiones de grado. Con todo, estima que precisamente el carácter previo o instrumental que tiene la clasificación respecto al tratamiento, la naturaleza y posición que este ocupa en todo nuestro ordenamiento penitenciario y el examen conjunto de este artículo 63 con el 65 permiten una satisfactoria interpretación correctora del primero de ellos³⁰.

Es evidente que esta vinculación entre tratamiento y clasificación puede suponer una restricción importante para el interno dejando en entredicho la voluntariedad del tratamiento en el sentido de que si no acepta someterse a él

²⁷ Véase TAMARIT SUMALLA, *Curso de Derecho penitenciario*, cit., pág. 260.

²⁸ MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol.2º, cit., págs. 952-953.

²⁹ MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios...*, cit., págs. 953.

³⁰ MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios...*, cit., pág. 952.

va a quedar al margen de los beneficios que suponga la progresión en grado. Pero a este respecto tanto el art. 239 del anterior RP³¹ como el art. 112 del vigente han contribuido a desvincular progresivamente tratamiento y clasificación³². En este sentido el art. 112.3 RP 1996 establece que “el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado”. Es decir, que el rechazo o la no colaboración en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, aparte de no dar lugar a consecuencias disciplinares ni regimentales, no supondrá tampoco regresión alguna de grado. Pero ¿podrá privar al interno de la progresión en grado? En modo alguno. El apartado 4 de este mismo artículo del RP añade a continuación que “en los casos a que se refiere el apartado anterior, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes”. Y a mayor abundamiento el art. 106.4 RP, referente tanto a la progresión como a la regresión de grado, establece que “cuando el interno no participe en un programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará en la forma descrita en el artículo 112.4, salvo cuando la Junta de Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos”. Queda claro, pues, que el tratamiento es tan solo un mero instrumento, y no el único, para estudiar la personalidad del interno que constituye la base de su clasificación. Para llevar a cabo esta es posible, pues, acudir a otros medios legítimos distintos de las técnicas, métodos y actividades propios del tratamiento, como son la observación directa y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos, así como el uso de los datos documentales existentes.

Ello es lógico porque en otro caso la ejecución de la pena al margen de la clasificación con la consiguiente exclusión de las consecuencias positivas que conlleva (permisos, comunicaciones, etc.) quedaría convertida en pura retención con olvido de la exigencia de la orientación de la pena a la reeducación y reinserción y la voluntariedad del tratamiento quedaría seriamente constreñida privando al interno del derecho que tiene, si se dan las condiciones para ello, a ser progresado en grado aunque rechace o no acepte el tratamiento³³.

En conclusión, la no participación del interno en el tratamiento, ya sea por no estar indicado o por no haberlo aceptado, no solo no permite efectos o consecuencias negativas para el interno como las sanciones de carácter disciplinario o la regresión de grado sino que ni siquiera le priva del derecho a la progresión en grado con todas las ventajas o beneficios que ella conlleva. En definitiva, ni

³¹ El artículo 239.3 RP de 1981 establecía que “el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento, sin que ello tenga consecuencias disciplinares, regimentales ni de regresión de grado. La clasificación se realizará, en estos casos, en último término mediante observación directa del comportamiento y utilización de los datos documentales existentes”.

³² Véase TAMARIT SUMALLA, *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., págs. 259.260.

³³ Véase JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 152.

excluye al penado del sistema de clasificación ni exige a la Administración del deber de la programación individual ni redefinición del programa³⁴. Todos los estudios que hayan de hacerse –a efectos de clasificación, regresión y progresión, permisos, libertad condicional, etc.– se realizarán mediante observación directa de su comportamiento, informes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con él, sobre los documentos que obren en su expediente o por cualquier otro medio legítimo³⁵.

5. VOLUNTARIEDAD DEL TRATAMIENTO Y BENEFICIOS PENITENCIARIOS.³⁶

Nada se dice, en cambio, ni en la LOGP ni en el RP respecto del rechazo o no aceptación del tratamiento en relación con el acceso a los beneficios penitenciarios en los que desempeñan un papel importante las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción, es decir, el tratamiento. Pero, como se verá después, es dudoso que el rechazo del tratamiento por parte del interno o su no participación en él por no estar indicado pueda impedir su acceso a los beneficios penitenciarios. Si fuera así, la pena se convertiría en mera retención o custodia, dejando de estar orientada al fin de la reeducación y reinserción social, y en el supuesto de que fuera el mismo interno quien no aceptara someterse al tratamiento este aparecería como algo impuesto para poder salir antes en libertad³⁷. Con buen criterio B. MAPELLI rechaza esta conclusión ya que la ejecución de la pena también se halla afectada por el mandato constitucional de la resocialización respecto a los no sometidos a tratamiento y no dejaría de ser absurdo y carecería de justificación privar de beneficios penitenciarios por el hecho de no necesitar ningún tipo de terapia. En el ámbito penitenciario, donde existe una situación de no libertad, cualquier beneficio no recibido tiene la misma naturaleza que una pena³⁸. En sentido parecido se pronuncia C. JUANATEY al considerar que el mero hecho de rechazar el tratamiento impida ya la concesión de posibles beneficios penitenciarios y todavía lo es mucho más que se condicione, en abstracto y con carácter general, la concesión de beneficios a que el interno se someta a determinados programas de tratamiento. En su opinión “la Ley, en este punto, debería introducir ciertos matices a efectos de no limitar la concepción de la “voluntariedad” del tratamiento a tan estrecho margen”³⁹.

³⁴ Véase Luis FERNÁNDEZ ARÉVALO y Javier NISTAL BURÓN, *Manual de Derecho Penitenciario*, 2ª ed., cit., pág. 560.

³⁵ Véase RACIONERO, *Derecho Penitenciario...*, cit., pág. 246.

³⁶ Véase Manuel GALLEGO DÍAZ, “Los beneficios penitenciarios y el tratamiento”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXIV, 2011, págs. 253-292.

³⁷ Véase Julio FERNÁNDEZ GARCÍA., en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 379. En buenos principios, sostiene MANZANARES SAMANIEGO, los únicos beneficios penitenciarios compatibles con un sistema de individualización científica que respete de veras la voluntariedad del tratamiento serían aquellos en los que no jugaran papel alguno las actividades de reeducación y reinserción social en sentido estricto (*Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, pág. 46).

³⁸ MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., págs. 267-268.

³⁹ C. JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho penitenciario*, cit., pág. 152.

Al radicar su razón de ser en la orientación de la pena privativa de libertad a la reeducación y reinserción social según el mandato constitucional (art. 25.2 CE), los beneficios penitenciarios se asientan formalmente sobre la consideración del aprovechamiento del tratamiento penitenciario del interno y sobre una prognosis favorable acerca de sus posibilidades de llevar una vida en libertad respetuosa con la ley vinculándose su concesión, en consecuencia, a una actitud positiva del interno al tratamiento manifestada en una evolución favorable de su personalidad⁴⁰. En este sentido el artículo 203 RP establece que “los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad”. Y consiguientemente el artículo 204 RP dispone que “la propuesta de los beneficios penitenciarios requerirá, en todo caso, la ponderación razonada de los factores que la motivan, así como la acreditación de la concurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción”. En definitiva, como considera Mercedes GARCÍA ARÁN⁴¹, se trata de entender los beneficios, en coherencia con la declaración del artículo 25.2 CE, como casos de renuncia a la retribución o a la prevención general frente a criterios de prevención especial por entenderse que la aplicación de la pena en toda su extensión no es necesaria por aconsejarlo así la evolución favorable del recluso, o bien, calificarlos como medidas realistas adoptadas por simples razones de utilidad práctica para el mejor funcionamiento del aparato penitenciario. Ha de observarse que la solicitud del indulto particular del artículo 206 RP, en cuanto beneficio penitenciario, participa también de este planteamiento de no necesidad del cumplimiento del resto de la pena por razones de prevención especial, aunque ello no se aviene bien con el fundamento del indulto que radica en razones de utilidad política o en consideraciones de injusticia de la pena impuesta⁴².

De acuerdo con este planteamiento resulta evidente que los beneficios penitenciarios tienen que estar vinculados de alguna manera al tratamiento penitenciario, pues, según el artículo 59 LOGP, este “consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”. En este punto es clara la diferencia respecto a la antigua redención de penas por el trabajo. Ya, en general, en la progresión y regresión de grado, propios del régimen de individualización científica, se tiene en cuenta la evolución del penado en el tratamiento (artículo 106.1 RP). Pero, en particular, de acuerdo con el art. 204 RP, “la propuesta de los beneficios penitenciarios requerirá, en todo caso, la ponderación razonada de los factores que la motivan, así como la acreditación de la concurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción”. Y más en concreto, para la con-

⁴⁰ Véase Mercedes GARCÍA ARÁN, “Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, núm. 1, págs. 110-112 y 119.

⁴¹ Mercedes GARCÍA ARÁN, “Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida”, cit., págs. 110-111 y 118-119.

⁴² Véase Heriberto ASENCIO CANTISÁN, “La redención de penas por el trabajo: su desaparición y sustitución”, en *Papers d'Estudis i Formació*, núm. especial (abril 1987), pág. 90.

cesión del adelantamiento de la libertad condicional, según los artículos 91 CP y 205 RP, se requiere, aparte de observar buena conducta y haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, la emisión de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social que permita verificar la evolución positiva del interno en el proceso de reinserción. Por su parte, el adelantamiento cualificado o extraordinario previsto en el apartado 2 del artículo 91 CP requiere que “el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”. Y el artículo 206 RP, para la solicitud del indulto particular, además de la buena conducta y el desempeño de una actividad laboral normal, en el establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad, exige también la participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

Así, pues, aunque entre los requisitos para la concesión de los beneficios penitenciarios figure la buena conducta, priman las ideas de reeducación y reinserción social, ya que el núcleo de las exigencias viene determinado en función de los ideales resocializadores por la colaboración en tareas de esta naturaleza o la participación en alguna actividad tratamental que posibilite un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social⁴³. Este condicionamiento a la participación en actividades de reeducación y reinserción social en la concesión de beneficios penitenciarios plantea necesariamente las cuestiones de la voluntariedad o no necesidad del tratamiento, por un lado, o las mismas carencias o limitaciones del tratamiento, por otro, pues en estos casos a quien rechazara el tratamiento o no estuviera sometido al mismo por no estar indicado o por inexistencia del mismo en el centro penitenciario no se le podría reducir el tiempo efectivo de condena y llegaría a cumplir más tiempo de condena que aquel otro que hubiera participado en actividades de tratamiento.

Como ya se ha indicado, el tratamiento y las actividades que comporta han de ser en principio voluntarios y, en consecuencia, el interno puede rechazarlos válidamente. Es decir, el tratamiento constituye un derecho del interno que la Administración penitenciaria ha de ofrecer y fomentar, pero nunca imponer, lo cual exige que de su aceptación o rechazo no puedan derivarse ventajas ni consecuencias desfavorables para el penado en la ejecución de la pena. Sin embargo, como también ha quedado establecido, el ordenamiento penitenciario español dista mucho de ser claro a este respecto. Y, en concreto, el artículo 112.3 y 4 RP nada determina expresamente respecto del acceso a los beneficios penitenciarios. Pero con independencia de ello, la realidad penitenciaria, según indican RODRÍGUEZ ALONSO y RODRÍGUEZ AVILÉS, nos muestra que la mayoría de los internos ni aceptan voluntariamente el tratamiento ni lo rechazan abiertamente; simplemente pasan de él, entendiéndolo, desde un punto de vista utilitarista,

⁴³ Véase José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Individualización científica y libertad condicional*, cit., págs. 445-446; Julio FERNÁNDEZ GARCÍA, en *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 379. La Instrucción 3/2004, de 29 de diciembre de la DGIP sobre sistema de evaluación e incentivación de las actividades de los internos declara que “la participación en Programas de Tratamiento y Actividades que lo componen alcanza gran trascendencia, por imperativo legal, para la obtención de beneficios penitenciarios”.

como acatamiento y sumisión a las normas regimentales, esperando alcanzar todas las ventajas posibles en lo referente a la progresión en grado, los permisos de salida, la libertad condicional o los beneficios penitenciarios⁴⁴.

El peligro que surge de todas estas situaciones es que en la práctica la ejecución de la pena de prisión discurra por otras vías ajenas a la reinserción social del penado, pues los elementos valorativos para clasificar a un interno, por una parte, y otorgarle la libertad condicional y los beneficios penitenciarios, por otra, en buena medida quedan satisfechos con la mera observancia de una buena conducta penitenciaria, a pesar de que los artículos 90.1 CP y 205 RP exijan también respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Por desgracia, el sistema de individualización científica sigue siendo en buena medida bastante premial y poco objetivo. La referencia a la buena conducta, por ejemplo, incluye un ingrediente ajeno a este sistema⁴⁵, pues el comportamiento no está condicionado por la evolución personal en términos de reinserción, sino por la adaptación al régimen de custodia. Por esta vía, desde un punto de vista práctico y utilitario, se acaba premiando al interno más “prisionizado”, al que asume la cultura carcelaria, al tiempo que se utiliza la libertad condicional y los beneficios penitenciarios como elementos pacificadores y de gobernabilidad en el interior de los centros penitenciarios. En la misma línea premial se pronuncia el RP al incluir los beneficios penitenciarios entre los incentivos a la participación en las actividades de tratamiento⁴⁶. Pero, como ya ha sido indicado, los beneficios penitenciarios, como instituciones basadas en la prevención especial, deben concederse al interno después de un estudio en el que se valore no sólo su conducta penitenciaria y la realización de determinadas actividades, sino también, y sobre todo, su evolución desde la perspectiva de la reeducación y reinserción social atendiendo a una evaluación seria y científica de su futura trayectoria de conducta⁴⁷.

Por otra parte, como ya se ha visto, tampoco las legislaciones penal y penitenciaria se refieren, entre sus requisitos, específicamente al tratamiento a los efectos de la concesión de los beneficios penitenciarios refiriéndose a actividades de reeducación y reinserción social en general. A estas actividades de carácter laboral, cultural u ocupacional se refieren también los Capítulos III, IV y V del Título V del RP, dedicado al tratamiento hasta el punto de disponer el propio artículo 153.2 RP que “los reclusos que desarrollen trabajos ocupacionales podrán

⁴⁴ Antonio RODRÍGUEZ ALONSO y Juan Antonio RODRÍGUEZ AVILÉS, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 4ª ed., Comares, Granada, 2011, pág. 260.

⁴⁵ Véase J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *Individualización científica y libertad condicional*, cit., pág. 45.

⁴⁶ “El seguimiento con aprovechamiento de las actividades educativas y formativas y, en general, de todas a las que se refiere el artículo anterior se estimularán mediante los beneficios penitenciarios y recompensas que procedan” (art. 119.1 RP).

⁴⁷ Véase Heriberto ASECIO CANTISÁN, “Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional”, *La Ley*, 1989, tomo I, pág. 998. “Es cierto, consideran PRATS y TAMARIT, que no es fácil establecer con criterios científicos una adecuada prognosis de peligrosidad criminal, pero la dificultad no debe hacernos renunciar a cumplir mandatos de orden superior que informan el cumplimiento de las penas. En definitiva supone apostar en favor de criterios de prevención especial, frente al mero castigo desprovisto de finalidad real alguna” (PRATS CANUT, J.M./TAMARIT SUMALLA, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pág. 534).

recibir incentivos, recompensas o beneficios penitenciarios por la realización de su trabajo”. Es solo en el adelantamiento extraordinario o cualificado de la libertad condicional donde se exige expresamente “la participación efectiva y favorable en programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso” alternativamente a la participación en programas de reparación a las víctimas (art. 91.2 CP), requisito que, como recuerda B. MAPELLI, puede ocasionar agravios comparativos injustificables cuando tales programas no existen en el centro o cuando no sean necesarios por tratarse de un delito sin víctima y ajeno a las drogas⁴⁸.

Salvo en este supuesto de adelantamiento extraordinario de la libertad condicional –y solo en parte, ya que se ofrece la alternativa de la participación en programas de reparación a las víctimas– para el acceso a los beneficios penitenciarios bastaría, pues, además de la observancia de la buena conducta, con la participación en las distintas actividades –laborales, culturales u ocupacionales– que se oferten en el centro en que se encuentre internado el penado sin necesidad de que estén integradas en un programa individualizado de tratamiento aceptado por el recluso⁴⁹. En este sentido el artículo 131.1 RP establece que “se programarán las actividades culturales, deportivas y de apoyo más adecuadas para conseguir el desarrollo integral de los internos” pudiendo estos incluso proponer las que deseen realizar, actividades que se destinarán al mayor número posible de internos (apartados 2 y 3 del mismo precepto). No obstante, a pesar de lo dispuesto en este artículo, estas actividades, cuya oferta varía mucho de unos centros a otros, pueden ser sumamente reducidas en algunos de ellos y con frecuencia quedan paralizadas o interrumpidas en determinados periodos del año.

Además se ha de tener en cuenta que estas mismas actividades pueden tener incluso la condición de regimentales, pues, según dispone el artículo 24 LOGP, en su párrafo primero, con la finalidad de tratar de evitar la ociosidad de los internos, “se establecerán y estimularán en la forma que se señale reglamentariamente, sistemas de participación de los internos en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo”, actividades regimentales que, de acuerdo con el artículo 71 LOGP, deben estar debidamente coordinadas con las integrantes del tratamiento. Todas estas actividades, al margen de si forman parte o no de un programa individualizado de tratamiento, constituyen un instrumento para poder emitir un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social. A estos efectos el artículo 131.5 RP dispone que “se formará una cartilla donde figurarán todas las actuaciones formativas, laborales, socioculturales y deportivas que hayan realizado los internos”.

Sólo en relación con determinados delitos sería necesario para poder acceder a los beneficios penitenciarios la participación en determinados programas específicos de tratamiento, pues únicamente una actuación especializada, realizada con éxito y aprovechamiento, podría incidir en la etiología del delito y en la reinserción social del interno, como es el caso de los drogodependientes o delincuentes sexuales. Únicamente en estos casos estaría justificada la denegación del acceso a los beneficios penitenciarios por no participación en un programa individua-

⁴⁸ MAPELLI, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., cit., pág. 200.

⁴⁹ Véase C. JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., págs. 129-130.

lizado de tratamiento, pues sin esa actuación especializada sería imposible poder valorar la evolución positiva del interno en la línea de su reinserción social. En este sentido el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 17 de febrero de 2009 desestimó la pretensión de tramitación del indulto, por no participación en programas de reeducación y reinserción social en delito contra la salud pública⁵⁰.

Pero, como ya ha sido indicado, lo decisivo desde el punto de vista de la prevención especial en la que se asientan los beneficios penitenciarios es la evolución efectiva del interno en la línea de la reeducación y reinserción social, es decir, los resultados del tratamiento –o, mejor dicho, de las actividades de reeducación y reinserción social en sentido amplio– en orden a poder formular un pronóstico individualizado y favorable respecto del futuro comportamiento del sujeto en libertad. Si no se tiene en cuenta esta evolución positiva los beneficios penitenciarios perderían su razón de ser y se estarían asimilando sin más a las recompensas que tienen más que ver con el régimen y el buen orden dentro del centro que con la resocialización. Además, como sostiene MANZANARES, solo habrá verdadera voluntariedad cuando los beneficios previstos se obtengan en consideración a la evolución y avance obtenidos en el proceso resocializador, como consecuencia de la aplicación del tratamiento, no cuando las ventajas provengan sin más de la propia participación en el mismo⁵¹.

Estas actividades de reeducación y reinserción, aunque formalmente puedan constituir actividades de régimen y no formen parte de ningún programa individualizado de tratamiento, pueden operar también como un instrumento que permita emitir un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social.

A través de esta vía debería quedar abierto el acceso a los beneficios penitenciarios para aquellos internos que no estén sometidos a ningún tratamiento, bien porque no venga indicado o no haya necesidad de él, bien porque se haya concluido o bien porque el interno no haya aceptado someterse a él, ya que en estos casos su no disfrute les colocaría en peor posición pese a no venir ya indicada por razones de prevención especial la continuación del cumplimiento de la pena o del internamiento en un centro penitenciario. En todo caso sería deseable que el artículo 112.3 RP se refiriera expresamente a que el rechazo del tratamiento no debería carecer solo de consecuencias disciplinarias, regimentales o de regresión de grado, sino también de consecuencias respecto del acceso a los beneficios penitenciarios dejando así también abierta la puerta a la aplicación de su apartado 4 en estos supuestos: “la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes”.

⁵⁰ “En cuanto a la situación penitenciaria –se dice en el Auto–, de la información obrante en autos se infiere que, efectivamente, el interno ha colaborado, de manera destacada, en determinados puestos de trabajo productivo y actividades auxiliares del departamento con informe favorable de los encargados del departamento, sin embargo, no consta en autos que el interno haya participado, con éxito y provecho, en las concretas actividades de reeducación y reinserción social programadas para los delitos contra la salud pública cometidos que, por las razones expuestas en el epígrafe anterior, han de ser consideradas prioritarias”.

⁵¹ José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Individualización científica y libertad condicional*, cit., págs. 135-136.

6. CONCLUSIÓN FINAL: UNA VOLUNTARIEDAD IMPERFECTA.

Aunque el artículo 62 LOGP no incluya la voluntariedad entre los principios que inspiran el tratamiento, a lo largo de la Ley –y más aún del Reglamento Penitenciario– se abre paso la idea de que el tratamiento no puede serle impuesto al interno de modo coactivo. A pesar de las contradicciones, dudas y falta de claridad que sobre este punto manifiesta el ordenamiento penitenciario español el tratamiento en modo alguno constituye un deber del interno que necesariamente este tenga que acatar, sino que más bien se limita a un ofrecimiento de la Administración penitenciaria que el penado necesariamente tendrá que aceptar o rechazar de forma voluntaria. En consecuencia, corresponde a la Administración penitenciaria fomentar e impulsar en el interno el tratamiento y las actividades que comporta, de modo que se genere en él una actitud favorable que le permita colaborar y participar en su planificación y ejecución. El Título III LOGP, dedicado por entero al tratamiento, insiste en este fomento y estímulo de la colaboración voluntaria por parte del penado. Y en esa misma línea el RP de 1996 ha ido aún más allá al considerar como derecho de los internos “el derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo” (art. 4.2 d) RP) y cuya participación en ellos puede ser revocada por decisión voluntaria del interno (art. 117.5 RP). En definitiva, el tratamiento constituye tan sólo un medio o instrumento ofrecido al interno por las instituciones penitenciarias para ir avanzando por la vía de su reinserción social configurándose como un derecho del interno cuya colaboración han de fomentar las instituciones penitenciarias (arts. 4.2 y 61 LOGP y 112 RP). En este sentido el tratamiento ha de ser aceptado y consentido por el interno, sin que de su aceptación o rechazo, por otro lado, pueda seguirse ventaja ni consecuencia alguna desfavorable⁵².

Este es también el planteamiento mayoritario de la doctrina. En ese sentido MUÑOZ CONDE considera que el tratamiento “es un derecho que tiene el afectado por él, pero no una obligación que pueda ser impuesta coactivamente”, de manera que el deber de someterse a tratamiento implicaría “una especie de manipulación de las personas, tanto más cuanto ese tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores”⁵³. Como consideran RORÍGUEZ ALONSO Y RODRÍGUEZ AVILÉS, el tratamiento deja de ser una exigencia impuesta por la Administración para convertirse en un interés personal que el penado podrá o no aceptar, pero siempre de forma voluntaria, y sin que por ello se deriven para él, en caso de rechazo, consecuencias disciplinarias⁵⁴. Basta para afirmar la voluntariedad del tratamiento, argumenta TAMARIT, con acudir a la naturaleza de derecho que tiene el principio de resocialización reconocido en el art. 25-2 CE, enten-

⁵² Véase Borja MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pág. 267.

⁵³ F. MUÑOZ CONDE, “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, cit., págs.102. En la misma línea se pronuncia Antonio GARCÍA-PABLOS, “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XXXII (1979), pág. 683.

⁵⁴ Antonio RODRÍGUEZ ALONSO y José Antonio RODRÍGUEZ AVILÉS, *Lecciones de Derecho penitenciario*, cit., págs. 255-256.

dido como emanación del principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (art. 10-1 CE), que convierte en inconstitucional la posibilidad de un tratamiento coactivo⁵⁵.

La voluntariedad del tratamiento exige que de su aceptación o rechazo no puedan derivarse ventajas ni consecuencias desfavorables para el penado en la ejecución de la pena. En este sentido el ordenamiento penitenciario español, aparte de reconocer la revocación por decisión voluntaria del interno en la participación del programa de tratamiento (art. 117.5 RP), dispone que de su rechazo o no aceptación por el penado no se siguen consecuencias perjudiciales o negativas para él, ya se trate de sanciones disciplinarias, de restricciones regimentales o de regresión de grado (arts. 112.3 RP), así como que tampoco se impide la progresión en grado (art. 106.4 RP). En cambio, nada se dice expresamente sobre otras consecuencias favorables o positivas que pudieran seguirse para el penado de la participación o colaboración en el tratamiento en cuyo caso el acceso o disfrute de las mismas pudieran considerarse como constricciones al tratamiento que lógicamente vendrían a poner en duda la auténtica voluntariedad del mismo. Este sería el caso del acceso a los beneficios penitenciarios, institución que indudablemente se encuentra vinculada al tratamiento. Pero, como se ha puesto de manifiesto, no hay razones tampoco para negar su concesión o disfrute al margen de un programa individualizado de tratamiento, ya que, por una parte, las actividades de reeducación y reinserción que se requieren (laborales, culturales u ocupacionales) no necesariamente tienen que formar parte de un programa de ese tipo y, de otra, porque en todo caso, de acuerdo con una interpretación teleológica que atienda a la razón de ser de la institución, no basta la mera participación en dichas actividades, sino que en todo caso ha de poder constatar en el penado una evolución favorable en la línea de su reinserción social.

La única excepción clara o explícita a la voluntariedad del tratamiento viene determinada por la educación obligatoria (art. 122.2 RP), común a todos los ciudadanos, pero “sólo cuando los internos carezcan de los conocimientos propios de la formación de las enseñanzas básicas”, lo que, como indica CERVELLÓ, no ha de entenderse como una concesión al empleo de medios coactivos para conseguir dicho propósito, sino a la motivación y al estímulo para la participación del interno⁵⁶.

Quedan, no obstante, algunas manifestaciones que pueden hacer surgir dudas sobre la auténtica voluntariedad del tratamiento. A este respecto cabe referirse, por ejemplo, a la restricción de las comunicaciones por razones, entre otras, “de interés del tratamiento” (art. 51.2 LOGP) o al deber de los internos a “participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación en libertad” (art. 5.2 g) RP), que constituyen actividades del tratamiento prescrito al interno. Su incumplimiento no está sancionado disciplinariamente, pero la no participación en el tratamiento puede tener de hecho efectos negativos en la medida en que conlleva la dificultad o imposibilidad de progresar en grado o acceder a los beneficios penitenciarios⁵⁷. Como señala RACIONERO, en la práctica de las Juntas de Tratamiento no es, en absoluto,

⁵⁵ TAMARIT SUMALLA, *Curso de Derecho penitenciario*, cit., pág. 260.

⁵⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Derecho penitenciario*, cit., pág. 223.

⁵⁷ Véase Julián Carlos RÍOS MARTÍN, en Francisco BUENO ARÚS (coord.), *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, doctrina*, Colex, Madrid, 2005, hay 2ª edición, págs. 488-489.

infrecuente la invocación de la “variable” –no incluida, desde luego, en ningún texto– de “no participa en actividades de tratamiento”, como un desvalor en trance de proposición de permisos de salida, libertad condicional, cumplimiento en centro extrapenitenciario, etc.⁵⁸.

En la medida en que algunas manifestaciones constriñen, o por lo menos matizan intensamente o ponen en duda, el carácter estrictamente voluntario del tratamiento, ha podido hablarse de una voluntariedad limitada⁵⁹ o de un sistema de cuasiobligatoriedad⁶⁰, aunque más propiamente habría que hablar de una voluntariedad imperfecta. De hecho la voluntariedad no puede ser perfecta en tanto las actividades de régimen o la buena conducta puedan repercutir en los permisos de salida o en las comunicaciones, que forman parte del tratamiento, así como en los beneficios penitenciarios⁶¹. La práctica de atender a la buena conducta desligada de la evolución favorable del interno en la línea de su resocialización lleva consigo indirectamente la no voluntariedad del tratamiento al suponer una coacción indirecta. No obstante –considera MANZANARES– la voluntariedad del tratamiento es compatible con la organización de aquellas actividades que se orienten a facilitar –dentro del marco normativo– la reeducación y reinserción social, pero ello a condición de que la participación misma en dichas actividades no suponga como inmediata moneda de cambio una mejora regimental o un acortamiento o vaciado de la pena. Cosa muy distinta es que con la aceleración de la progresión, sobre la base real de la evolución positiva de la personalidad, se obtengan las naturales ventajas regimentales o se desemboque en la libertad condicional⁶².

Como señala Laura ZÚÑIGA, en la práctica la voluntariedad del tratamiento tiene poca vigencia. Quizás porque la cárcel no puede dejar de ser lo que es: un lugar de disciplinamiento, donde el control y la seguridad interna son difíciles de mantener. Quizás porque no hay otra manera de fomentar la participación de los penados en el tratamiento, que con el refuerzo premio-castigo. Lo cierto es que los límites del fin de resocialización y de la centralidad del tratamiento se observan precisamente en este tema, en la difícil salida a la disyuntiva régimen (disciplina) *versus* tratamiento (voluntariedad)⁶³.

En esta línea el ordenamiento penitenciario español ha venido a aumentar la confusión o ambigüedad existente en algunas manifestaciones de la distinción y relación entre régimen y tratamiento. Al haber incorporado el RP 1996 un concepto de tratamiento distinto –más amplio y formativo– del que profesa la LOGP y, en consecuencia, una mayor difusión y porosidad entre régimen y tratamiento, las actividades de régimen pueden tener al mismo tiempo la consideración de actividades de tratamiento y lo que en principio tendría que ser un derecho constituye al mismo tiempo un deber del interno. Así, por ejemplo, según el artículo 4.2 i) RP es un derecho del interno participar en las actividades del centro, mientras que según el art. 5.2 es también un deber participar en las actividades formativas,

⁵⁸ Francisco RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario y privación de libertad...*, cit., pág. 246.

⁵⁹ JUANATEY DORADO, *Derecho penitenciario*, cit., págs. 129-130.

⁶⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho penitenciario*, cit., págs. 318-319.

⁶¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *ob.cit.*, pág. 349.

⁶² MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2º, cit., pág. 938.

⁶³ Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Manual de Derecho penitenciario*, cit., pág. 318.

educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad. Se trata evidentemente de actividades de régimen, por un lado, y de actividades propias del tratamiento, por otro. Pero luego resulta además que ambas, según el RP, forman parte del tratamiento. “No defiendo –considera RACIONERO– que la abstención del interno o su pasividad ante las ofertas de formación y tratamiento que se le puedan hacer sean un elemento positivo; lo que afirmo es que la calificación de esta actividad o conjunto de actividades penitenciarias como voluntarias es sólo una declaración formal que no se corresponde plenamente con la realidad o se corresponde solo en el sentido de que aquella abstención o pasividad no pueden ser objeto de sanción disciplinaria”⁶⁴.

⁶⁴ F. RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario y privación de libertad...*, cit., pág. 246.