

LAS TEORÍAS REHABILITADORAS: ENTRE LA PENITENCIA Y LA TERAPIA

Juan Manuel Pérez Bermejo

Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Salamanca.

ESQUEMA PROVISIONAL DE LA PONENCIA

INTRODUCCIÓN.

- Dos observaciones tal vez incómodas:

1) La teoría del castigo en España: una zona casi despoblada. El papel del artículo 25,2 de la Constitución y la supuesta oficialidad de las teorías rehabilitadoras (notas 1 y 2).

2) La no rehabilitación del delincuente en España (notas 3-5). En torno a una de las explicaciones: los problemas de las teorías rehabilitadoras.

- Definición de teoría rehabilitadora. Sus dos versiones.

1) La rehabilitación como terapia: las teorías clásicas o correccionalistas. El cambio psicológico del delincuente

2) La rehabilitación como penitencia o arrepentimiento: las teorías contemporáneas o penitenciales. La reforma moral del delincuente.

LAS TEORÍAS REHABILITADORAS “CLÁSICAS”.

- Presentación: sus escuelas más representativas. Atención especial a la versión “correccionalista” de finales del XIX y comienzos del XX (nota 6).

- Tesis fundamentales:

1) Cientifismo. Los factores naturales y sociales: entre el condicionamiento y la determinación (notas 7 y 8).

2) La justificación prevencionista del castigo. La reeducación y la transformación psicológica del delincuente como instrumento idóneo para alcanzar los fines de la pena (notas 9 y 10).

3) La reacción punitiva como terapia o curación. El carácter abolicionista o, en todo caso, no represivo de la concepción penal (notas 11 a 13).

4) Sanciones particulares e indeterminadas (notas 14 a 21).

- Críticas:

1) Frente al determinismo cientifista, una justificación moral o normativa, no metafísica, de la autonomía y de la libertad del individuo (notas 22 y 23).

2) El “derecho penal del delincuente” y la idea de “peligrosidad”. Las medidas de seguridad predelictuales y la prolongación de las sanciones (notas 24 y 25).

3) El problema del paternalismo (notas 26 a 29).

4) La convivencia con el principio de proporcionalidad (notas 30 a 32).

TEORÍAS REHABILITADORAS CONTEMPORÁNEAS

- Tesis fundamentales: a) El fin de la pena es la reforma moral, no la transformación psicológica. b) La reforma moral se traduce en una “actitud penitencial”, lo que implica arrepentimiento, voluntad de pedir perdón y aceptación de “dar algo a cambio” por la ofensa cometida (nota 33). c) Algunas aclaraciones y consecuencias:

1) Combinación de lo prospectivo y lo retrospectivo (nota 35).

2) El carácter aflictivo de la pena (nota 36).

3) La práctica de castigar como práctica necesaria y compleja (nota 37).

4) El carácter indeterminado y abierto del castigo (nota 38).

- Representantes del rehabilitacionismo contemporáneo:

1) La versión más nítida de las tesis anteriores: las teorías restaurativas.

Un esbozo de las mismas: la búsqueda efectiva del arrepentimiento y los procesos de mediación (notas 39 y 40).

Una dificultad: el delincuente contumaz o irredento.

2) El retribucionismo penitencial.

Diferencias con las teorías restaurativas: a) El Estado no tiene derecho a obligar a los individuos a involucrarse en procesos destinados a obtener su arrepentimiento (nota 41). b) El carácter hipotético del arrepentimiento. El castigo como expresión ritualizada del arrepentimiento hipotético (nota 42).

- Valoración de cada una de las dos teorías:

1) Valoración negativa de las teorías restaurativas: esbozo de sus principales inconvenientes (notas 43 a 47).

2) Valoración positiva (con reservas) del retribucionismo penitencial: a) El castigo como expresión de la censura o la condena de la comunidad, así como una consecuencia necesaria de las demandas de cualquier práctica moral. b) Algunas reservas (nota 48).

COMENTARIOS FINALES.

- La crítica a las teorías rehabilitadoras es compatible con dos aspiraciones que ninguna teoría del castigo sensata (y que ninguna teoría de la justicia sensata) negaría:

a) El Estado debe facilitar la reinserción social de quien haya cumplido su castigo.

b) El Estado debe combatir las causas de los delitos...

... pero la justificación del castigo no es la realización de ninguna de ellas

NOTAS

La lectura de estas notas no es necesaria para el seguimiento de la ponencia; su único objeto es justificar bibliográficamente y matizar brevemente algunas de sus afirmaciones

1.- Según datos de 2013, el índice de delitos por cada 100.000 habitantes se sitúa en España en el 4,94%; en Suecia, por ejemplo, se sitúa en el 15,07%.

Véase: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-09-036/EN/KS-SF-09-036-EN.PDF

2.- J. Cid Moliné: *La elección del castigo*, Barcelona, Bosch, 2009. La interpretación rehabilitadora de la Constitución contrasta con el resurgimiento del retribucionismo en los países anglosajones desde comienzos de los 70. En este contexto, ya a finales de los 50 nos encontramos significativas muestras de descontento con las teorías rehabilitadoras: véase, por ejemplo, F. Allen: “Legal Values and the Rehabilitative Ideal”, *Journal of Political Law, Criminology and Police Science*, 50 (1959). A comienzos de los 70, sin embargo, se publican las contribuciones retribucionistas más importantes, debidas a autores como Morris, Murphy, J. Feinberg o Kleinberg, a las que, a comienzos de los 80, siguieron las de Duff o Hampton. Sobre la evolución de la teoría del castigo en el área anglosajona, véase M. Tonry: “Can Twenty-first Century Punishment Policies Be Justified in Principle?”, en especial la sección “From Consequentialism to Retributivism and Back Again”. En M. Tonry (ed.) *Retributivism has a Past. Has a Future?* Oxford, The Oxford University Press, 2011.

3.- En datos de 2012, España es el cuarto país de Europa en población reclusa: 147,3 presos por cada 100.000 habitantes (en 2009 llegó a situarse en 161). Desde luego, son cifras alejadas de los 79 de Alemania o los 58 de Finlandia.

Véase: https://www.acaip.es/images/docs/190614_prisiones_espanolas_europa.pdf.

4.- En 2011, la tasa de ocupación de nuestras cárceles es, en algunas comunidades (Cataluña, por ejemplo), del 120%: http://www.euroxpress.es/doc/SPACE_1_2011_English.pdf Es cierto que la tasa está por debajo de la media europea (no así si consideramos únicamente los países de Europa Occidental). Sin embargo, tan sólo 2 años antes, la tasa se situaba en el 132% en Cataluña y el 136,9% en el resto del Estado. Véase J. García-Guerrero y A. Marco: “Sobreocupación en los centros penitenciarios y su impacto en la salud”. *Revista española de sanidad penitenciaria*, Vol. 14, 3 (2012). Como es sabido, la causa de este súbito descenso es, fundamentalmente, la rebaja de penas para los delitos de tráfico menor de drogas que fue aprobada en el año 2010.

Al margen de la tasa de ocupación, son ilustrativos otros datos e informes. Señalaremos algunos a modo de ejemplo: cantidad decomisada de hachís en las cárceles españolas durante el año 2012, 13.000 kilos; sufren o han sufrido trastornos mentales durante su estancia en la cárcel, el 84,4% de los reclusos; enfermedades relacionadas con el VIH, 15%; de los infectados por VIH confiesan mantener relaciones sexuales sin preservativo un 37%. Véase las encuestas sobre salud y consumo de drogas en internados en instituciones penitenciarias:

http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/observa/pdf/ESDIP_2011.pdf.

La tasa de reincidencia penitenciaria se sitúa en el 55% según el último informe de la Acaip: http://www.acaip.info/jaen/250310_aumento_poblacion_reclusa.pdf

5.- P.P. Merino: “La toxicodependencia, las cárceles y los medios de comunicación social”. *Norte de Salud Mental*, 6 (2004), en especial pp.69-73.

6.- M. Ancel: *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1954. Aún más fiel a las teorías rehabilitadoras clásicas es la llamada *therapeutic jurisprudence* o teoría terapéutica del derecho, cuyos representantes más destacados son David Wexler y Bruce Winick. Véase D. Wexler: *Rehabilitating Lawyers: Principles of Therapeutic Jurisprudence for Criminal Law Practice*, Durham, Carolina Academic Press, 2008. En realidad, las últimas huellas del ideal rehabilitador se manifiestan hoy no tanto en la teoría, sino en la práctica jurisprudencial (sobre todo en Estados Unidos), y no tanto de forma genérica, sino en forma aplicada particularmente para algunos delitos específicos, fundamentalmente el maltrato doméstico y, de forma aún más destacada, el tráfico o consumo de drogas. Nos referimos a tribunales especializados en algún delito en particular y autorizados a seleccionar a algunos delincuentes para enrolarlos en un programa rehabilitador. Estos programas consisten en determinadas actuaciones médicas o psicológicas ofrecidas como alternativa al castigo tradicional. Añadimos algunos comentarios en la nota 32. Por último, en la nota 29 nos referiremos a una versión cercana al rehabilitacionismo clásico, pero de perfiles más moderados: la “moral education theory of punishment”.

7.- Como es sabido, la primera escuela positivista italiana sostuvo un determinismo fisiológico estricto: para Lombroso, el delincuente se distinguía por atributos morfológicos idiosincrásicos; para M. Longo, “la ética del delincuente se origina fisiológicamente en la ausencia de sensibilidad a los dolores propios y a los de los semejantes, y, psíquicamente, en la falta o deficiencia de sentimientos altruistas, con predominio de un egoísmo que llega a la crueldad o a la indiferencia en cuanto a lo que no toca de cerca el placer o el interés del momento”. *La conciencia criminal*, Barcelona, 1905. La segunda escuela italiana, más sincrética, tiende a comprender el delito como un fenómeno bio-sociológico, de modo que, además de las determinaciones fisiológicas, han de considerarse las de tipo social y económico. Un ejemplo es la teoría de Enrico Ferri, a un tiempo discípulo y crítico de Lombroso: *Sociología criminal*, Madrid, Centro Editorial Góngora, s/a, vol. I, p.145. La tesis determinista de Ferri sigue siendo igualmente firme, y califica la creencia en la libertad y el libre albedrío de la escuela penal clásica como “una ilusión de la observación psicológica subjetiva”. *Ibidem*, II, p.3.

Por supuesto, en lo que hemos llamado “versión canónica” de las teorías rehabilitadoras clásicas, es decir, en el correccionalismo de Röder, Concepción Arenal y Dorado Montero, el determinismo no es objeto de pronunciamientos tan claros. Las influencias intelectuales de estos autores no se posan tan nítidamente sobre el positivismo científico, y menos sobre el darwinismo. Sin embargo, aunque no decisivas, las influencias positivistas y científicas fueron suficientes para contemplar el delito como un producto condicionado o incluso determinado, especialmente por razones sociales. Para Röder, el delito es la consecuencia de una serie de causas externas como pueden ser la miseria y la marginalidad, las relaciones de amistad dañinas o la carencia de educación: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1876, p.257. Concepción Arenal, por su parte, suele ser reacia a hablar de causas determinantes, pero admite causas “predisponentes”. No faltan en su obra opiniones más cercanas al determinismo estricto: “¿Qué significan las vicisitudes del pueblo que habita en los mismos lugares... sino que la moral y la inteligencia del hombre están sujetas a fatalidades físicas?”. He hallado el texto en Manuel Casás Fernández, *Concepción Arenal y su apostolado*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, p.74.

8.- De modo más explícito, el “fatalismo” le llevaba a Diderot a sentenciar: “las recompensas no son más que ilusiones de las gentes bienintencionadas, mientras que los castigos no expresan más que el miedo de los mezquinos”. *Jacques el fatalista*, Madrid, Santillana, 2008, p.229.

9.- Röder: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, cit., p.239.

10.- El texto de Arenal es el siguiente: “¿Qué se diría del director del hospital, en que los enfermos se clasificasen según que habían cometido menores o mayores excesos al contraer la enfermedad, y a los últimos, que eran los más graves, se les cercenasen los medios de curación, limitándose a que no se murieran, pero sin auxiliarlos para que recuperasen la salud?”. *Estudios penitenciarios*, I, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p.261.

11.- Röder: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, cit., p.240.

12.- P. Dorado Montero: *El derecho protector de los criminales*, S.I: s.n., 1907: p.478. Röder admite que, en un principio, la terapia puede resultar negativa o desagradable para el reo. Sirviéndose de un símil que combina paternalismo e interpretación terapéutica del castigo, explica que el castigo puede ser al comienzo tan amargo y desagradable como a un niño le resulta al principio la medicina que se le administra; sin embargo, el paso del tiempo y la mejoría experimentada le harán concluir que, frente a lo que pensaba al principio, el tratamiento ha resultado beneficioso. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, cit., pp.254-5.

13.- Röder alaba una obra del penalista holandés Moddermann de título expresivo: *La pena no es ningún mal*, Amsterdam, 1864. Dorado apostaba por la supresión de la palabra pena, insatisfactoria incluso añadiéndole el predicado “correcional”; en su lugar, eran preferibles otras expresiones como “medidas adecuadas al fin educativo”. *El derecho protector de los criminales*, cit., pp.476-7.

14.- En no pocas versiones terapéuticas, el abolicionismo encuentra un punto de freno a partir del cual comienza un tratamiento que es ya calificado inequívocamente de penal o penitenciario. Incluso considerando la cárcel de su tiempo como un escenario de simple represión destinado a hacer sufrir al reo, aún así Concepción Arenal concluía que siempre era mejor la cárcel que abstenerse de castigar porque, en ese caso, el delincuente no podría reflexionar sobre lo que había hecho. “Cartas a los delincuentes”. *Obras completas de Concepción Arenal*, III, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1894, p.240.

15.- Röder: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, cit., p.297. “A cada enfermo... hay que proporcionarle los medios que sean adecuados a su singularísima situación... El tratamiento carcelario, pues, debiendo ser individualizado, es opuesto a la igualdad y a la uniformidad; el carácter igualitario de las leyes... repugna a este tratamiento”. Dorado Montero: *El Derecho protector de los criminales*, cit., pp.482. C. Arenal, partidaria de la individualización de la pena, justifica su particularismo no tanto en la terapia del delincuente como en la etiología del delito: el trasfondo de cada delito es distinto, y obediente a una red de causas diferentes que han de ser estudiadas y analizadas caso por caso. M. Casas Fernández, *Concepción Arenal y su apostolado*, cit., pp.74-5.

16.- Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, cit., 252-3

17.- Op. cit., p.268. C. Arenal se refiere a las prisiones obedientes a los principios correccionalistas como “hospitales del alma”. *Cartas a los delincuentes*, cit., p.18.

18.- Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones* cit., pp.347 y ss.

19.- Por eso *El pauperismo* (Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1897) ocupa un lugar tan importante en la bibliografía de C. Arenal.

20.- *Cartas a los delincuentes*, cit., pp.289-290. Para C. Arenal, todo delincuente “por regla general es susceptible de corrección, y aun de enmienda”. *Estudios penitenciarios*, I, cit., p.241. Solía repetir que no hay “incoregibles”, sino “no corregidos”.

21.- P. Dorado Montero: *El derecho protector de los criminales*, cit, p.480.

22.- H. Kelsen: *Teoría pura del derecho*, traducción de la segunda edición alemana, México, UNAM, 1982, p.112.

23.- Por supuesto, que sea una tesis fácilmente refutable no quiere decir que carezca hoy de seguidores. En realidad, las exposiciones de determinismo abolicionista fueron frecuentes en los años 60 del pasado siglo: K. Menninger: *The Crime of Punishment*, New York, Viking Press, 1968; B. Wooton: *Crime and Criminal Law*, London, Steven and Sons, 1963. A día de hoy, el desarrollo de las neurociencias parece propiciar de nuevo el debate. Véase, por ejemplo, E. Demetrio Crespo (director) y M. Maroto (coordinador) *Neurociencias y derecho penal*, Madrid, Edisofer, 2013.

24.- Enrico Ferri: *Sociología criminal*, cit., vol. II, p.166. Concepción Arenal también insiste en la necesidad de atender a los “predisponentes” del delito y a los “candidatos” a la delincuencia, si bien denunció en numerosas ocasiones los abusos de la prisión preventiva: *Estudios penitenciarios*, cit., I, pp. 17 y 21-22. Este contexto explica la propuesta de duplicar el derecho penal mediante, por un lado, un código propiamente penal o represivo y otro preventivo; destacaron en estas propuestas autores como Bizkmeyer, Beling o Longhi.

25.- M. Ancel: *La défense sociale nouvelle*, cit., pp.146-50; en la edición de 1971, pp. 265-72. Ancel reconoce repetidas veces que sus medidas de seguridad se aplican a individuos que no han cometido un segundo delito, pero en los que se aprecia una fuerte probabilidad de reincidencia, e incluso a individuos que aún no han cometido delito alguno, pero proclives a hacerlo (Ancel, op.cit., 1954, p. 29; 1971, p. 37). Sobre la prolongación de penas de individuos “peligrosos”, véase la nota 32.

26.- Bentham afirmaba que el fin de la pena se logra cuando ésta obtiene al menos una de estas tres consecuencias: a) Privar al individuo de la capacidad física de delinquir. b) Privar al individuo del deseo de delinquir. c) Atemorizarle lo suficiente como para que no se atreva a delinquir”. (J. Bentham: *The Rationale of Punishment*, London, Heward, 1830, pp.19-21). Es evidente que las teorías correccionalistas o rehabilitadoras aspiran a la consecuencia b), y contemplan las otras dos como alejadas de los ideales cívicos o humanitarios que, sobre todo en la versión más canónica (al margen del radicalismo de la primera escuela italiana), inspiraban sus concepciones; podría afirmarse que el objetivo es alcanzar la incapacitación psicológica dentro de patrones humanitarios.

27.- Ésta es en realidad la imputación más clásica dirigida contra las teorías rehabilitadoras, y expuesta de forma pionera por C.S Lewis: “The Humanitarian Theory of Punishment”, *Res Judicatae*, 6 (1953) y años después por H. Morris: “Persons and Punishments”, *The Monist*, 52 (1968).

28.- I. Kant: “Sobre el tópico: esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica”, en *En defensa de la ilustración*, Barcelona, Alba, 1999, p.261.

29.- Como anticipamos en la nota 6, existe una teoría rehabilitadora contemporánea que trata de zafarse de todo paternalismo: la llamada *moral education theory of punishment*, lo que podemos traducir como “teoría de la educación moral mediante el castigo”. Postula que la finalidad del castigo es rehabilitar al delincuente, y que ello puede lograrse mediante una educación moral adecuada. Empezar estas acciones educativas no vulnera la libertad de los individuos porque, al contrario, la educación moral correcta es una condición de posibilidad de toda autonomía, y hace factible su ejercicio. La versión más ortodoxa de esta tesis la hallamos en Jean Hampton: “The Moral Education Theory of Punishment”, *Philosophy and Public Affairs*, 13 (1984); una versión más moderada es debida a H. Morris, “A Paternalistic Theory of Punishment”, *American Philosophical Quarterly*, 18 (1981). A pensar de sus esfuerzos, creo que R. Shafer-Landau ha mostrado de un modo convincente: a) Que, en estas teorías, el respeto por la autonomía no está en absoluto garantizado. b) Que su punto de vista depende de una psicología moral platónica muy discutible, y en favor de la cual no hallamos razón alguna en estos autores (por psicología moral platónica entendemos una particular teoría de la motivación humana según la cual el solo hecho de

escuchar y comprender que hay mejores razones para emprender la acción 1 en lugar de la acción 2 resultará ser motivación suficiente para que emprendamos la acción 1). c) Que su planteamiento también exige una indeterminación y una particularización de las penas contraria al principio de proporcionalidad. Véase “Can Punishment Morally Educate?”, *Law and Philosophy*, 10 (1991).

30.- En sentido estricto, el criminal del que, por cualquier razón, sepamos que no va a volver a delinquir, o, en otras palabras, el crimen que no va a volver a repetirse deben quedar sin castigo.

31.- Röder, por ejemplo, prescribe 4 años de internamiento para casi todos los delitos, con muy pocas excepciones. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, p.358-9.

32.- En realidad, los hitos de lo que podemos llamar el recrudescimiento del derecho penal contemporáneo parecen inspirados por teorías rehabilitadoras. Las versiones “penitenciarias”, que veremos después, explican en buena medida la elevada tasación de la reincidencia, y la política de “a la tercera, eliminado” o *three strikes, you are out*. Pero, centrándonos en la versión clásica y en las tesis con las que ha sido descrita, puede afirmarse que el derecho penal “del delincuente” y la sustitución de la reprochabilidad o la culpabilidad por la peligrosidad inspiran algunas leyes penales contemporáneas que confieren al juez la facultad de prolongar la condena de todo delincuente que, incluso después de haber cumplido totalmente la condena impuesta, siga ofreciendo muestras de peligrosidad. Hallamos estas “leyes sobre delincuentes peligrosos” en Estados Unidos (por ejemplo, en los estados de California o de Washington), Holanda e Inglaterra. Holanda ha instaurado un modelo dual o *dual-track system*: a un modelo penal puro le acompaña paralelamente un modelo “mixto”; en este modelo mixto, el juez, cumplida la pena, puede imponer adicionalmente una medida protectora que ni siquiera es conceptualizada como un castigo, lo que permite una amplia discreción sobre su naturaleza y su duración. Véase J. de Keijser: “Never Mind the Pain; It’s a Measure! Justifying Measures as Part of the Dutch Bifurcated System of Sanctions”; *Retributivism has a Past: Has a Future?*, cit. En Inglaterra, la posibilidad de que la policía emita *antisocial behaviour orders* (órdenes de arresto por conducta antisocial) y abra un procedimiento penal suma a la indeterminación de la sentencia la indeterminación del delito: conducta antisocial es definida como cualquier acción que provoque en los demás ciudadanos sensación de “acoso, alarma o tensión” (*harassment, alarm and distress*), lo que permite a los agentes arrestar e iniciar procedimientos criminales por cualquier conducta que consideren *disturbing* o molesta. Lejos de admitir que estamos ante el viejo prevenciónismo, los juristas y sociólogos que las han defendido han tratado de teñirlas de retribucionismo al afirmar que van destinadas a individuos que vulneran a sabiendas un derecho fundamental de los individuos: el derecho a vivir sin miedo. Véase P. Ramsay: *The Insecurity State*, Oxford, The Oxford University Press, 2012.

No sería justo, sin embargo, generalizar un vínculo entre las nuevas manifestaciones teóricas de las teorías rehabilitadoras y lo que hemos llamado el recrudescimiento del derecho penal de los últimos decenios. El lenguaje político que lo ha auspiciado ha abundado en conceptos típicos del retribucionismo, tales como el mérito o la responsabilidad de cada individuo. Por otra parte, sí hallamos ejemplos que permiten vincular las teorías rehabilitadoras contemporáneas con un supuesto uso más humano y benigno de la administración de justicia. Éste es el caso de las llamadas *drug courts* o “procedimientos especiales para delitos por tráfico y consumo de drogas”, que se han multiplicado recientemente en Estados Unidos, y que han recibido no pocos elogios por haber alcanzado rehabilitaciones constatables eludiendo los rigores del derecho penal retribucionista. Como en otros programas terapéuticos de este tipo, a los que ya aludimos en la nota 6, el acusado puede ser seleccionado para ingresar en un programa rehabilitador. Si es seleccionado, sigue un curso de desintoxicación que combina el tratamiento médico, psicológico y la asistencia de trabajadores sociales. Si el acusado logra rehabilitarse, queda libre, y no se le administra pena alguna; si, por el contrario, desaprovecha la oportunidad que se le brinda, el juez le impondrá inevitablemente una sanción penal. El entusiasmo despertado por este planteamiento

merece, sin embargo, ser suavizado mediante dos observaciones: a) Si el acusado no supera el programa y no logra rehabilitarse, el modelo de los *drug courts* resulta ser más severo que el tradicional, puesto que, al tiempo empleado en la realización del programa, habrá que sumar el impuesto por la pena. b) Aun cuando se exhiban como ejemplos de la mayor humanidad del derecho penal rehabilitador frente al retribucionista, debe alegarse que la práctica de estos tribunales quiebra flagrantemente el principio de proporcionalidad. Ya los criterios de selección para poder ser derivado hacia estos programas es muy diferente según cuál sea el tribunal o el juez: en algunos tribunales, los adictos están excluidos, mientras que en otros son destinatarios preferenciales; en algunos casos, se aplican sólo a consumidores, y se excluye a los simples traficantes, mientras que en otros se admite también a los traficantes. En última instancia, la suerte de quienes son seleccionados y no lo son es tan disímil que hablar de equidad o de proporcionalidad parece en franca contradicción con la práctica de estos programas. Véase J. Bowers: “Contraindicated Drug Courts”, *UCLA Law Review*, 55 (2008); D. Husak: “Retributivism, Proportionality and the Challenge of the Drug Court Movement”, en *Retributism Has a Past. Has a Future?*, cit.,

33.- “Sugiero que entendamos y justifiquemos el castigo penal como una especie de penitencia secular”. “En ofensas serias, pedir disculpas exige algo más una mera expresión verbal. Éste es el tercer aspecto de la penitencia y del castigo penitencial: [la pena] constituye un tipo de disculpa poderoso y reforzado que debería servir para reconciliar a ofendido y ofensor”. A. Duff: *Punishment, Communication and Community*, Oxford, The Oxford University Press, 2001, pp.106 y 109

34.- “Algunos consecuencialistas podrían acusarme de buscar promover un tipo de culpa insana e improductiva que se posa obsesivamente sobre el pasado cuando, en su lugar, deberíamos mirar al futuro”. Ibidem, p.108.

35.- Como expresa Duff, “reformular” al delincuente “no es “re-formarlo”, remodelarlo como un objeto al que diseñamos conforme a nuestros deseos”. Ibidem.

36.- “El arrepentimiento es necesariamente doloroso, porque debe dolerme reconocer (a otros y a mí mismo) el daño que he hecho”. Además, sobre todo en los delitos graves, “el arrepentimiento no es algo que pueda lograrse y consumarse en un momento: debe penetrar profundamente en el delincuente, y ocupar su atención, sus pensamientos y emociones durante un tiempo considerable”. Ibidem, p.107.

37.- La nota 46 introduce un matiz: algunas teorías restaurativas radicales sí emplean a veces un lenguaje abolicionista. Sin embargo, estas teorías no dejan de admitir que a la ofensa le siguen consecuencias negativas, dañosas o aflictivas, y, más bien, lo que quieren subrayar es que estas consecuencias pueden interpretarse como puramente privadas o civiles, sin que sea preciso institucionalizar lo que hoy llamamos una práctica penal y pública independiente. Estamos, más bien, en el terreno de las teorías “neo-liberales” que en el del abolicionismo clásico.

38.- En la sentencia *Rummel v. Estelle* (445 U.S. 263 [1980]), el Tribunal Supremo confirmó una sentencia de un Tribunal de Texas en la que se condenó a cadena perpetua a un ciudadano que se negó a pagar 120 dólares a su instalador de aire acondicionado alegando que la instalación era defectuosa. Dado que sobre él pesaban dos sentencias condenatorias anteriores, se le aplicó la *three strikes law* y se le condenó a cadena perpetua, aunque, sumadas las cantidades defraudadas en las tres sentencias, la cifra no pasaba de los 230 dólares. Por supuesto, en la mayoría de los casos, la *three strikes law* suele reservarse para delitos más graves, pero casos como los de este ejemplo tampoco son insólitos.

38.- La denominación más extendida es “programas de mediación y reconciliación”.

40.- H. Zehr define “justicia restaurativa” de este modo: “El delito es una violación de los individuos y de sus relaciones comunitarias que debe ser resuelta. La justicia incorpora a la víctima, al ofensor y a la comunidad en una búsqueda de soluciones que promuevan la reparación, la reconciliación y la confianza”. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale,

Herald Press, 1990, p.181. También implica que los funcionarios públicos y la víctima “pidan o estimulen a los ofensores que reconozcan el daño que han causado a la víctima y a la comunidad, y asuman responsabilidad por las consecuencias de su conducta”, para, finalmente, y después de un proceso de mediación (*mediation meetings*) sellar un “contrato de restitución”. Ibidem, p.164.

En torno a estos procesos, los defensores de la justicia restaurativa subrayan que las teorías del castigo tradicionales han olvidado una idea fundamental: que una teoría del castigo debe incorporar también una teoría del proceso penal. Bajo esta premisa, suelen contrastar los procedimientos americanos con los procedimientos penales europeos, en los cuales el fin no es en absoluto obtener la disculpa o el arrepentimiento del acusado, sino, simplemente, sacar a la luz la verdad del caso. Por el contrario, el procedimiento americano concluye en cuanto el acusado formula una declaración de disculpa (*plea*). El proceso, por supuesto, no puede ser inquisitivo, ni siquiera adversarial, porque se destina a un acuerdo de reconciliación y reparación: debe adoptar una configuración distinta y de carácter más horizontal. Jenny McEwann: *The Adversarial and Inquisitorial Models of Criminal Trial*, en A. Duff et al. *The Trial on Trial, Vol. 1*, Oxford, Hart Publishing, 2004

41.- “Un delincuente no debería estar bajo la presión psicológica de entrar en razón y ofrecer una disculpa en la que no cree... Un estado decente no debería poner a sus ciudadanos en situación de apartarse de sus creencias fundamentales por miedo a las consecuencias”. C. Bennett: “Replies to my Commentators”, *Teorema*, vol.31, 2012, p.163.

42.- El procedimiento de imposición de castigos es, para C. Bennett, un procedimiento “artificial y simbólico” que denomina *the apology ritual* o “ritual de arrepentimiento y disculpa”: “Los rituales son a menudo criticados por vacíos y formales, y ello porque no necesitan exigir actitudes «internas». Sin embargo, este vicio es en nuestro contexto su mayor virtud, porque no es asunto del Estado y de sus sentencias convertir a los delincuentes en penitentes sinceros”. *The Apology Ritual. A Philosophical Theory of Punishment*, Cambridge, The Cambridge U.P., 2008, p.154. Véanse también 172 y ss. También Duff define la aplicación del castigo como un “ritual de disculpa” en el que, si el delincuente cumple con su castigo, la comunidad puede presumir que ha obtenido de éste las disculpas que solicitaba y que le exige la práctica moral, y ello aun cuando, de hecho, el delincuente no haya dado muestras de arrepentimiento. El delincuente “no está forzado a arrepentirse o pedir perdón sinceramente, a querer decir lo que dice [cumpliendo el castigo]. Lo que se le exige es formar parte de un ritual público... cuya dimensión disculpatoria posee una formalidad que deja abierta la cuestión de su sinceridad”. *Punishment, Communication and Community*, cit., p.110.

43.- El término favorito de Zehr es “contrarrestar” o *counterbalance*: los actos restaurativos logran finalmente contrarrestar el daño producido por el delito.

44.- Sobre las raíces de la justicia restaurativa en el republicanismo, véase J. Braithwait and P. Pettit: : *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, New York, Oxford U.P., 2001. Aun dirigido a adultos, el procedimiento penal debe poseer una dimensión educativa que ha de vertirse mediante un “intercambio sincero de creencias y opiniones”. José Luis Martí: “The Limits of Apology in Democratic Criminal Justice”, *Teorema*, vol. 31, 2012, p. 128. Para retribucionistas como Bennett o Duff, sin embargo, la respuesta educativa es inapropiada ante agentes que han infringido las normas, tal vez, por debilidades morales internas que era su responsabilidad vencer. El individuo no puede ser considerado como un menor de edad en las prácticas morales, ni siquiera como un aprendiz de las mismas, sino como un agente moral responsable y como un participante cualificado. C. Bennett: *The Apology Ritual*, cit., p.92. En suma, lo que debemos suponer de un adulto responsable y participante de nuestras prácticas morales no es que no fue capaz de apreciar las evidencias morales en contra de sus actos, sino que fracasó en su responsabilidad de verlas. Por eso, suponemos que la comunicación de la condena no incorpora nada novedoso para el delincuente: era responsabilidad suya conocer o haber conocido el mensaje que se le comunica.

45.- Para Zehr, “la justicia comunitaria es restitutiva, horizontal, negociada y tendente a un acuerdo de paz; por el contrario, la justicia «del rey» es una justicia vertical y jerárquica”. *Changing Lenses*, cit., p.115.

46.- Existen además versiones más o menos radicales de justicia restaurativa en lo que se refiere a las fórmulas de administración de justicia. Para las teorías más radicales, los procedimientos de mediación que reúnen a delincuente, víctima y representantes de la comunidad constituyen una alternativa de naturaleza distinta a la práctica de castigar, y más cercana a la justicia privada o civil; se trata así de teorías que heredan una vieja dimensión abolicionista, porque aspiran a suprimir la práctica penal como práctica independiente. Éste es el caso, por ejemplo, de N. Christie (*Limits to Pain*, London, Martin Robertson, 1981) o de H. Bianchi (*Justice as Sanctuary*, Bloomington, Indiana University Press, 1994). Las versiones más moderadas, muchas veces compromisos eclécticos con teorías más tradicionales, admiten que estos procedimientos sólo pueden llevarse a cabo “cuando sea posible”, es decir, en delincuentes dispuestos a ingresar en este tipo de escenarios y proclives al arrepentimiento o la disculpa.

47.- “Antes de castigarle, le debemos al acusado una explicación de las razones de su castigo, es decir, una justificación pública de las medidas que deben adoptarse”. José Luis Martí: “The Limits of Apology in Democratic Criminal Justice”, cit., p.128.

48.- Esta idea es mucho más visible en la teoría de Duff, que presenta algunos matices diferenciales respecto a la de Bennett. En nuestro esquema definidor de lo que llamamos “actitud penitencial”, el castigo se representaba como una consecuencia del arrepentimiento y de la solicitud de perdón: si tu arrepentimiento es sincero, estarás dispuesto a dar algo a cambio a aquellos a quienes hayas ofendido. Duff acepta esta idea, pero, de forma ambigua, también contempla el castigo no como una consecuencia del arrepentimiento, sino como una causa del mismo: el castigo es el instrumento del que se sirve el Estado para inducir en el ofensor las actitudes de arrepentimiento deseadas (véase en especial *Punishment, Communication and Community*, cit., p.106).

El primer problema de esta tesis es empírico y de expresión sencilla: es psicológicamente dudoso que podamos generalizar una ley según la cual infligir dolor es un buen instrumento para generar arrepentimiento y disculpas sinceras en aquel a quien infligimos dolor.

El segundo problema es ya normativo, y de mayor interés para nosotros. Cuando Duff explica la idea de que el juez debe imponer un castigo para buscar el arrepentimiento del delincuente, se ampara en la idea de que una condena penal no es una simple “expresión” de la condena de la comunidad y de lo que una práctica moral correcta exige de un delincuente (como es el caso en autores como Bennett o Feinberg), sino que es una “comunicación” que persigue transmitir un mensaje específico y buscar la convicción y el cambio de actitud del delincuente en virtud de este mensaje. El mensaje, por supuesto, es que el delincuente debe arrepentirse y pedir disculpas. Y, si éste es el mensaje, el juez, cuando impone su castigo, no es en absoluto indiferente a los estados mentales internos del delincuente: al contrario, está interesado en modificarlos y, por esa razón, le impone un instrumento con el que trata de subrayar y de facilitar o propiciar que de hecho se arrepienta, aun cuando al final no lo logre. Véase “Penal Coercion and the Apology Ritual”, *Teorema*, 31 (2012), p.115. Este movimiento teórico supone un acercamiento reconocido a las teorías restaurativas, las cuales siempre han compartido y asumido como propio el planteamiento “comunicativo” que acabamos de esbozar. Por desgracia, esta aproximación a las teorías restaurativas, a mi juicio, complica el esquema de Duff con inconvenientes ya conocidos: si el castigo tiene una dimensión instrumental, es decir, si su sentido es inducir el estado moral de arrepentimiento o contrición, en ese caso, ¿qué lo justifica no ya cuando comprobamos que el delincuente no se arrepiente, sino cuando tenemos la convicción (pensemos en los delitos de conciencia) de que no va a hacerlo? Bennett salva el problema cómodamente: nosotros nos limitamos a expresar lo que la práctica moral demanda en los casos de infracción de uno de sus valores fundamentales; no es misión nuestra escudriñar en lo que pasa realmente en el foro interno

de los individuos, y, además, no podemos insistir en arrepentimientos imposibles frente a delincuentes contumaces sin vulnerar su libertad e incurrir en paternalismo. Duff, sin embargo, no puede zafarse de estos problemas. Pero, al mismo tiempo, se verifica un problema inverso: si el castigo es un instrumento de contrición, y ésta se logra plenamente desde el primer momento, ¿qué sentido tiene después castigar? Sabemos que, en ese caso, Duff respondería recordándonos la necesidad de reparar asociada a cualquier disculpa. Ahora bien, si el el arrepentimiento es el fin último del castigo, el mismo Duff tiene que admitir que su verificación ha de traducirse en un descuento importante en el monto de la pena, lo que nos situaría muy cerca del abolicionismo de las teorías clásicas: reformado el foro interno, el delincuente se ha curado, y no procede mayor castigo. La respuesta de Duff ha sido ya apuntada en la nota 36, y consiste en una interpretación aflictiva del arrepentimiento: es posible que el delincuente se halle arrepentido, pero, especialmente en los delitos graves, es preciso que el arrepentimiento penetre en él más profundamente. Esta interpretación aflictiva y doliente del castigo parece orillarse en el extremo opuesto a la interpretación benéfica de las penas que sostenían las teorías clásicas. En cualquier caso, el escenario parece el ideal para que las teorías prevencionistas descarguen una de sus armas favoritas contra el retribucionismo: éste se traduce en la administración de dolor innecesario, e innecesario es agravar el dolor cuando se ha logrado el fin que persigue la pena.

Al margen de estos matices de posicionamiento teórico, rescatemos ahora la idea de que el castigo, para Duff, es también un instrumento destinado a promover una actitud de arrepentimiento. Cada crimen o delito exigirá un arrepentimiento o una contrición más o menos intensa o aflictiva. Ahora bien, para despertar estas actitudes, el castigo inductor de las mismas no puede ser una mera fórmula genérica de privación de movimientos o de una cantidad pecuniaria: ha de recordar al delincuente el tipo de daño que ha cometido y a quién o a quiénes se lo ha infligido, al tiempo que ha de permitirle a la comunidad la presunción de que, satisfecho el castigo, ésta ha quedado resarcida, y puede presumir que el delincuente se ha disculpado (aunque de hecho no sea así). Tal es la justificación de la preferencia de Duff por los trabajos comunitarios de diseño individualizado. Creo que hay un fondo de verdad en la crítica que le formula A. Von Hirsch: “Duff se apoya en su teoría de la penitencia para promover una «visión Mikado» de los castigos: las penas deberían reflejar el carácter del delito para fomentar la reflexión acerca del daño. Los delitos motivados por la ambición tendrían que recibir sanciones pecuniarias...”. Duff acepta la “condena a medida”, pero “las condenas a medida, como los trajes a medida, tienden a ser para los ricos. El propietario de viviendas marginales puede ser condenado a vivir en sus viviendas durante unos días, el ladrón común no puede serlo, porque ya vive en ellas”. *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1994, pp.123-4.

Juan Manuel Pérez Bermejo
Universidad de Salamanca
jbermejo@usal.es