

Las teorías del castigo rehabilitadoras:
una reconsideración crítica

*Rehabilitationist Theories of Punishment:
A Critical Reappraisal*

Por JUAN MANUEL PÉREZ BERMEJO¹
Universidad de Salamanca

RESUMEN

Las teorías del castigo rehabilitadoras son aquellas que justifican el castigo si este es un medio idóneo para corregir, reeducar o reformar al delincuente. Persiguen obtener del delincuente un cambio in foro interno, un «yo» renovado o distinto al que cometió el delito. En su clasificación, estas teorías ya no pueden reducirse a las teorías prospectivas asociadas a la etiqueta «prevención especial», porque han penetrado en el área propia de las teorías retribucionistas y mixtas. Esta expansión invita a reflexionar sobre los problemas morales y normativos de los que adolecen, y sobre sus difíciles relaciones con principios morales elementales de un Estado liberal como libertad, autonomía y equidad.

Palabras clave: *castigo, rehabilitación, prevención, arrepentimiento, autonomía.*

¹ Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER. Su contenido revisa y reelabora la ponencia que presenté en el XVI Seminario Internacional sobre Filosofía del Derecho y Derecho Penal, celebrado en León en julio de 2015. Agradezco a sus asistentes los comentarios y sugerencias que me formularon, y, en especial, a los profesores J. A. García Amado y M. Díaz y García-Conlledo por su invitación.

ABSTRACT

Rehabilitationist theories of punishment define criminal punishments as fitting means in order to correct, reeducate or reform the wrongdoer. Their goal is to obtain an internal change in the criminal, a new personality that should overcome the old one. These theories cannot be constrained anymore within the label «preventionism», because they are now visible in retributivist and mixed theories of punishment. This expansion should invite us to reconsider the moral and normative problems attached to these theories, as well as their difficult relationships with elementary moral principles in any liberal state, such as liberty, autonomy and fairness.

Keywords: *punishment, rehabilitation, prevention, repentance, autonomy.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. TEORÍAS REHABILITADORAS PREVENCIÓNISTAS, RETRIBUCIONISTAS Y MIXTAS. 2.1 *Teorías rehabilitadoras clásicas.* 2.2 *Teorías rehabilitadoras contemporáneas.* 2.2.1 El retribucionismo penitencial. 2.2.2 Las teorías restaurativas. – 3. LA REHABILITACIÓN PENAL: PROBLEMAS PERSISTENTES. – 4. BIBLIOGRAFÍA

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. REHABILITATIONISM IN PREVENTIONIST, RETRIBUTIVIST AND MIXED THEORIES. 2.1 *Classical rehabilitationist theories.* 2.2 *Contemporary rehabilitationist theories.* 2.2.1 Penitential retributivism. 2.2.2 Restorative theories. – 3. REHABILITATION IN CRIMINAL LAW: SOME PERSISTENT PROBLEMS. – 4. BIBLIOGRAPHY.

1.- INTRODUCCIÓN

Existe un entendimiento ordinario de etiquetas como «rehabilitacionismo» o «finalidad rehabilitadora» del castigo que puede reconocerse como fiable y consolidado. Sin embargo, ya no resulta habitual distinguir un grupo de doctrinas o concepciones del castigo con el rótulo «teorías rehabilitadoras». Los listados clásicos de teorías del castigo no lo incluyen, y su terreno de juego parece del todo delimitado por teorías retribucionistas, prevencionistas o mixtas. Por eso resulta conveniente formular desde el principio el sentido que atribuimos a la expresión «teoría del castigo rehabilitadora», aunque su significado no resulte sorprendente. Llamaré teoría rehabilitadora a aquella que vincula o condiciona la justificación del castigo y el diseño de su forma y cuantía a la satisfacción de un compromiso de reeducación, corrección o reforma del condenado. En otras palabras, una teoría rehabilitadora

define el castigo justificado como aquel que persigue un cambio en el foro interno del castigado suficiente para asimilarlo a los demás ciudadanos y retirar los juicios de reprochabilidad o peligrosidad que pudieran pesar sobre él. Se trataría de obtener un «yo» renovado y diferenciable de aquel que cometió el delito en el pasado.

Podría observarse que lo que he llamado teorías rehabilitadoras es en realidad un trasunto de un tipo muy reconocido de teorías del castigo: las teorías de la prevención especial positiva. Sin embargo, creo que el instrumento teórico que he delimitado posee un significado más amplio y transversal. De hecho, la primera tesis que defiendo en este ensayo es que el ideal de la rehabilitación se ha expandido hasta penetrar profundamente en el territorio de las teorías del castigo mixtas o incluso retribucionistas.

Trataré de ilustrar esta idea en el siguiente epígrafe, que posee un carácter histórico y descriptivo. En él distinguiré entre teorías rehabilitadoras clásicas, que son las asociadas con la prevención especial positiva, y teorías rehabilitadoras contemporáneas, más bien ligadas a escuelas supuestamente retribucionistas o mixtas. Los dos grupos se diferencian por modular de distinta forma el cambio *in foro interno* del delincuente al que se compromete cualquier modelo rehabilitador. Las teorías clásicas aspiran en general a que el condenado experimente un cambio psicológico y volitivo; se trata de que la voluntad del individuo se convierta en una voluntad poco o nada propensa a la comisión del delito. Cuando examinamos si la pena ha sido o no exitosa en su tarea rehabilitadora, formulamos un juicio prospectivo, porque el análisis consiste esencialmente en la previsión de si el individuo reincidirá o no. Las teorías contemporáneas, sin embargo, exigen un cambio moral fundado en el arrepentimiento y la condena moral al delito cometido. Estas teorías tienen también una dimensión prospectiva, pero los exámenes sobre la rehabilitación son fundamentalmente retrospectivos: el análisis consiste en comprobar si, al enfrentar al individuo con su pasado, este se ha comportado como lo haría un agente moral característico, y ha observado reacciones de arrepentimiento y pesar.

La segunda tesis que defiendo se infiere de la primera: la expansión del rehabilitacionismo a la que acabo de referirme aviva la necesidad de reformular las críticas que merece. Trataré de satisfacer esta demanda en el tercer epígrafe. Este posee ya un carácter crítico o normativo, y presume que el rehabilitacionismo penal es moralmente rechazable y se enfrenta con algunos principios medulares del derecho penal contemporáneo. Es posible que este segundo propósito se juzgue repetitivo, porque el ideal rehabilitador, de forma variable, ya ha sido objeto de debate y controversia por la criminología y el derecho penal². Sin embargo, creo que la complejidad y diversidad de las teorías rehabilitadoras exige una reconsideración de dichas críticas. Es posible que buena parte de ellas hayan sido ya

² Sirvan de ejemplo las críticas que, en los 70 y 80, los partidarios de un modelo «proporcionalista» de determinación de las penas dirigieron contra los modelos rehabilitadores o «individualizadores».

esbozadas. Pero, en primer lugar, muchas tenían un carácter meramente empírico, y no moral; y, en segundo lugar, a la vista de la expansión ya aludida, puede sospecharse que, bien no fueron formuladas con la claridad suficiente, bien han quedado algo desdibujadas con el tiempo.

Cuando menos, partidarios y detractores deberían compartir la idea de que las teorías rehabilitadoras exigen hoy una mayor reflexión a la luz de una paradoja evidente: el ideal rehabilitador ha disfrutado durante decenios de un reconocimiento masivo en la ley, la doctrina y la jurisprudencia; sin embargo, los instrumentos penitenciarios supuestamente habilitados para su logro parecen haberse mostrado pertinazmente ineficaces. En efecto, es común interpretar que el artículo 25,2 de nuestra Constitución consagra una teoría rehabilitadora como la que hemos descrito, porque los términos «reinserción o reeducación» y «rehabilitación» debieran interpretarse como sinónimos³; el artículo 83,1 apartado 9 del Código Penal de 1995 permite al juez imponer los deberes que «estime convenientes para la rehabilitación social del penado»; el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional recurren habitualmente a la reinserción y la rehabilitación para justificar figuras penales diversas, como, por ejemplo, la prescripción de los delitos⁴. Ahora bien, el medio de rehabilitación privilegiado para las teorías rehabilitadoras europeas –en especial para delitos graves– ha sido tradicionalmente la prisión⁵; y, sin embargo, es muy dudoso que la cárcel pueda ser hoy descrita en España como un centro de rehabilitación⁶. Esta disonancia entre los principios rehabilitadores y sus supuestos mecanismos de aplicación penitenciaria compromete a uno o incluso los dos elementos en discordia; en este artículo me detendré en los inconvenientes que pesan sobre los principios rehabilitadores.

³ En realidad, esta interpretación es dudosa. J. Córdoba Roda subraya que el legislador constitucional excluyó fórmulas más claras de sancionar esta equivalencia, como «la que resultaría de afirmar que las referidas sanciones deben estar orientadas a que el sujeto se abstenga en el futuro de cometer hechos punibles». Además, el texto no proclama que el fin de la sanción sea la reinserción, sino que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad *estarán orientadas hacia* la reeducación y reinserción social». CORDOBA RODA, J., «La pena y sus fines en la Constitución española de 1978», *Revista de Sociología*, 13 (1980), pp. 133 y 139 (cursivas mías).

⁴ La STC 63/2005 de 14 de marzo sostiene que, después del plazo de prescripción, es imposible cumplir las finalidades de prevención especial y general, y ya no tiene sentido penar a quien ha sido «posiblemente transformado en otra persona». Repite esta idea el TS en, por ejemplo, la STS 803/2009 de 17 de julio.

⁵ CID, J., y LARRAURI, E., «Penas alternativas y delincuencia violenta», en J. Cid y E. Larrauri (eds.), *La delincuencia violenta*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 25. La escuela de Von Liszt era partidaria de eximir de pena de prisión a los delitos menos graves porque, si el tiempo de permanencia es escaso, no es posible alcanzar el fin rehabilitador del castigo, que confiaba a la cárcel. VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho Penal*, Granada, Comares, pp. 88-89.

⁶ Me limitaré a aportar este indicio: en los ingresos de larga duración, el número de internos que ya habían ingresado antes era en 2017 del 73,6%. Véase Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica: *Documentos penitenciarios*, 16, «La estancia en prisión: consecuencias y reincidencia», p. 52.

Finalmente, para evitar malentendidos, sostendré que el deber del Estado de facilitar la reinserción de los presos una vez cumplida su pena es una obviedad que ninguna teoría del castigo rechazaría: si hay un colectivo que puede describirse fácilmente como desfavorecido o propenso a caer en trampas de pobreza es el de quienes han cumplido una condena penal. Cuestión distinta es afirmar que es la pena quien debe obrar esta reinserción. En segundo lugar, que el Estado debe atacar preventivamente las causas y condiciones del delito es otra obviedad moral y política a la que ninguna teoría del castigo sensata presentaría objeciones. Sin duda, la administración judicial y penitenciaria es una informadora especialmente cualificada en torno a lo que se debe hacer al respecto. Ahora bien, cómo elevar el nivel educativo y cívico, corregir las desigualdades y combatir la marginalidad o la exclusión son tareas propias de otros departamentos e instrumentos políticos, pero no de la administración penitenciaria o del castigo penal.

2. TEORÍAS REHABILITADORAS PREVENCIÓNISTAS, RETRIBUCIONISTAS Y MIXTAS

De acuerdo con el plan antes trazado, me ocuparé en primer lugar de las teorías rehabilitadoras clásicas y después de las contemporáneas. Esta panorámica no podrá tener el carácter de estudio pormenorizado, sino de mera selección y síntesis de las tesis más idiosincrásicas.

2.1 Teorías rehabilitadoras clásicas

Para exponer las notas de este grupo de teorías, y sin tiempo para desarrollar un amplio catálogo, he tomado como hilo conductor una teoría de mediados y finales del siglo XIX: la teoría correccionalista de Karl Röder. La he elegido por la nitidez con la que expresa dichas notas y por su influencia en la doctrina española. Por esta segunda razón, completaré las referencias a Röder con alusiones a Concepción Arenal y, en menor medida, a Dorado Montero. Esta elección precisa de dos aclaraciones. En primer lugar, denominar estas teorías como clásicas y representarlas mediante autores lejanos en el tiempo no impide que, en las últimas décadas, se hayan propuesto diversas doctrinas que se ajustan a sus caracteres esenciales⁷. En segundo lugar, la

⁷ Podría aludirse aquí a una larga lista de escuelas y desarrollos más o menos contemporáneos o actuales: a) La llamada «nueva defensa social» (ANCEL, M., *La defensa sociale nouvelle*, París, Cujas, 1954) podría encajar en esta muestra. b) *La therapeutic jurisprudence* o teoría terapéutica del derecho (WEXLER, D., *Rehabilitating Lawyers: Principles of Therapeutic Jurisprudence for Criminal Law Practice*, Durham, Carolina Academic Press, 2008). c) Las llamadas teorías de la educación moral o *moral education theories of punishment*. d) Otras huellas se manifiestan hoy

alusión a los tres autores mencionados no es inconsciente de las diferencias de relieve que los separan. Por insinuar alguna, Röder sustenta su obra sobre la filosofía idealista derivada de Krause, lo que explica su descripción del delito como un «desorden» que perturba la «armonía del organismo» del individuo y, con ello, de todo el Estado⁸. Concepción Arenal es sin duda una autora correccionalista fuertemente inspirada por el krausismo; pero, mientras algunos intérpretes ponen el acento en sus influencias clásicas y platónicas⁹, otros subrayan su cientifismo¹⁰. Por último, Dorado Montero, algo posterior en el tiempo, recibió una influencia muy acusada de la escuela positiva italiana, pero extrañamente combinada con un fuerte débito por el krausismo.

Como mencioné antes, con la etiqueta «teorías rehabilitadoras clásicas» me refiero a la mayor parte de las doctrinas o concepciones normalmente identificadas como teorías de la prevención especial positiva. Es característico de estas teorías justificar el castigo desde un imperativo de curación o de cambio *in foro interno* en el delincuente. Este cambio se interpreta en un sentido psicológico y prospectivo: se trata de que la voluntad del individuo se convierta en una voluntad poco o nada propensa a la comisión de un nuevo delito. Presumiblemente, la mejor forma de obtener este cambio en la voluntad y las inclinaciones del delincuente es mediante su arrepentimiento y su conversión moral; el individuo proclama así el rechazo de su vida pasada, y se muestra impulsado a obrar de otro modo y redirigir su voluntad. Sin embargo, el rehabilitacionismo clásico no identifica la rehabilitación con el arrepentimiento o la conversión moral. En el caso de Karl Röder, porque estos últimos son insuficientes. Es posible que el arrepentimiento, por enfáticamente que se manifieste, no haya penetrado suficientemente en la esfera motivacional del individuo, y el peligro de reincidencia permanezca¹¹. También es posible que el delincuente esté lejos de ser un individuo inmoral o corrompido, e incluso pueda ser descrito como una persona de principios; sin embar-

en la práctica jurisprudencial (sobre todo en Estados Unidos) no de forma genérica, sino aplicada a algunos delitos, fundamentalmente la violencia doméstica y de género y el tráfico o consumo de drogas. Aludo a tribunales especializados en algún delito en particular y autorizados a seleccionar a algunos delincuentes para enrolosarlos en un programa rehabilitador. De los supuestos c) y d) me ocuparé después.

⁸ RÖDER, K., *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, Wiesbaden, Julius Wiener Verlagshandlung, 1867, p. 97.

⁹ MORENO CASTILLO, A., *De Platón a Concepción Arenal*, Vigo, Editorial Académica del Hispanismo, 2018, p. 209.

¹⁰ Arenal «echa suficiente agua al vino del correccionalismo para no desvariar por el camino de la utopía». ANTÓN ONECA, J., «La teoría de la pena en los correccionistas españoles», *Estudios jurídico-sociales: homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Vol. II, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, p. 1020.

¹¹ Las medidas penitenciarias deben prolongarse «mientras haya grandes probabilidades de reincidencia, para lo cual las primeras señales de arrepentimiento no pueden ser en absoluto suficientes». RÖDER, K., *Die herrschenden Grundlehren...*, cit., p. 75.

go, cabe que actúe con ligereza o debilidad, o «por interpretaciones erróneas de sus derechos... como ocurre en los delincuentes políticos». Y, en estos casos, el delincuente debe ser igualmente sometido a medidas de corrección¹². En C. Arenal, la rehabilitación tampoco equivale al arrepentimiento o la conversión moral, aunque por distintas razones: porque generalizar esta meta le parece demasiado ambicioso, y en derecho podemos conformarnos con una obediencia al derecho más bien externa¹³. Podemos considerar rehabilitado a un delincuente que, aunque no arrepentido o moralmente transformado, garantice su no reincidencia porque lo hayamos apartado definitivamente de las circunstancias que lo impulsaban a delinquir, o por un mero aborrecimiento del delito, tal vez ligado a un planteamiento egoísta y a un deseo de eludir problemas con la justicia. En suma, la rehabilitación es prospectiva y volitiva; es prospectiva porque equivale a una previsión de no reincidencia, y es volitiva porque aspira a forjar una voluntad inclinada a obedecer el derecho y renuente a cometer nuevos delitos.

A esta presentación del rehabilitacionismo clásico pueden añadirse las siguientes notas.

En primer lugar, los autores de la escuela correccionalista se hallaban influidos por el cientifismo propio de la época. Esta influencia se percibe en las continuas analogías entre pena y medicina o administración de la pena y tratamiento médico. También se constata en la demanda de que el éxito de la terapia sea verificado y experimentado empíricamente como condición necesaria para su conclusión; para Röder, la pena finaliza únicamente cuando el delincuente es puesto a prueba en la vida social y exhibe su resistencia al delito¹⁴. Ahora bien, este rasgo es más interesante porque permite explicar la relativización del concepto de culpabilidad por el delito. Como es sabido, las ideas de culpabilidad, reprochabilidad o responsabilidad quedan desdibujadas si se adopta una presunción determinista de la conducta. Si el delito se describe como la consecuencia ineluctable de una serie de concausas (la pobreza, el analfabetismo, la marginalidad social o algún desorden

¹² RÖDER, K., *ibidem*, p. 126

¹³ Arenal traza una distinción interesante entre los conceptos de corrección y enmienda. La enmienda implica «honradez moral», «arrepentimiento» y «cambio de pensamiento»; la corrección es, simplemente, evitar el mal. El derecho se conforma con la mera corrección. ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*, I, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p. 209. «Para educar al hombre, para corregirlo... se le supone más propenso que realmente está a dejarse guiar por la razón. Hay que confiar menos en ella que en el impulso espontáneo. Que huya del mal más por el disgusto que le supone que por el prejuicio que le causa». *El derecho de gracia ante la justicia*, Madrid, La España Moderna, 1900, p. 216

¹⁴ «El efecto de la pena, como el de una medicina, solo puede conocerse de forma segura mediante ensayo y experimento». *Die Herrschenden Gundlehren...*, cit., p. 106. «La única garantía firme y válida de curación... ha de buscarse en la libertad condicional en medio de la sociedad y su tráfico». *Ibidem*, p. 116. Que la libertad condicional se llame en inglés *probation* se explica desde este planteamiento.

fisiológico), nuestros juicios de reprochabilidad o culpabilidad se asentarán sobre una presunción falsa de libertad y autonomía, y resultarán infundados. La mentalidad científica, traducida en la comprensión de que los sucesos y las acciones humanas son efecto necesario de una serie de causas, impone una actitud de indulgencia que se expresa en una célebre frase atribuida a Tolstoi: «comprenderlo todo es perdonarlo todo»¹⁵. La escuela positivista italiana tendía a subrayar la idea de que eran muchos los criminales determinados a la comisión de delitos¹⁶. Pese a la influencia de la escuela italiana en algunos de sus miembros, como Dorado Montero¹⁷, se puede afirmar que la escuela correccional no profesa una metafísica determinista, y confía en la perfectibilidad humana o la posibilidad de que el individuo pueda mejorar moralmente pese a las limitaciones del medio físico y social¹⁸. Sin embargo, estos autores también declaran que, en muchos casos, y de forma variable, el delincuente se halla fuertemente influido por el medio social, así como por debilidades o malformaciones de su voluntad. Si no de determinaciones, sí es posible hablar en muchos casos de fuertes estímulos y condicionantes¹⁹. Esta premisa ayuda a comprender que el concepto de culpa, entendido como reprochabilidad por la acción antijurídica, carezca de un carácter fundamental a la hora de explicar el sentido y la cuantía de la pena. Para C. Arenal, tiempo (de pena) y culpa son dos

¹⁵ Más claramente, el «fatalismo» 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». DIDEROT, D., *Jacques el fatalista*, Madrid, Santillana, 2008, p. 229.

¹⁶ El determinismo de la primera escuela positivista italiana era de carácter fisiológico. En la obra de LOMBROSO, C. (*L'uomo delinquente*, Torino, Fratelli Bocca, 1884) presentan una gran importancia Darwin y su concepto de «atavismo». La segunda escuela italiana, influida por el marxismo, comprendía el delito como un fenómeno biosociológico, de modo que, además de las determinaciones fisiológicas, habrían de considerarse las de tipo social y económico. FERRI, E., *Sociología criminal*, Madrid, Centro Editorial Góngora, s/a, vol. I, p. 145. Para este autor, la creencia en el libre albedrío es «una ilusión de la observación psicológica subjetiva». *Ibidem*, II, p. 3.

¹⁷ Dorado «acepta del positivismo la idea de que la libertad es una pura ilusión». Los actos humanos no son libres, sino que fluyen «de los componentes químicos del ser». Sin embargo, «coincide Dorado con el correccionalismo en todo lo demás». RAMOS PASCUA, J. A., «El positivismo jurídico en España: Don Pedro Dorado Montero», *AFD*, XII, 1995, p. 530.

¹⁸ «El hombre es algo más que una máquina movida por resortes materiales». RÖDER, K., *Zur Rechtsbegründung des Besserungstrafe*, Heidelberg, 1846; cito por «Fundamento jurídico de la pena correccional», *Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*, trad. Vicente Romero, Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1874, p. 157.

¹⁹ Röder, K. (*ibidem*, p. 164) subraya el condicionamiento social, y la necesidad de que el tratamiento penal separe al preso de su medio social y familiar. C. Arenal suele ser reacia a hablar de causas determinantes, pero admite causas «predisponentes», y que, posiblemente, en circunstancias más favorables, el delincuente no hubiese delinquido. ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*, I, p. 123. Tampoco 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?». *Ibidem*, cap. 3 («Influencias que recibe el hombre independiente de su voluntad»).

conceptos demasiado disímiles para vincular uno y otro²⁰. Para Röder, no se responde tanto por la acción cometida en el pasado como por la posesión de una voluntad propensa a desobedecer el derecho; por eso, cuando esta voluntad es enmendada, cualquier culpa del pasado debe interpretarse como extinguida²¹.

La segunda nota es relativa a la justificación del *ius puniendi* o del derecho a castigar del Estado. Para estos autores, dicha justificación se halla en la prevención: el Estado está sin duda legitimado para proteger sus valores básicos; si ello es cierto, estará también legitimado para servirse del instrumento que se juzga más eficaz en el logro de este propósito, que es la reforma y la corrección de quienes hubieran mostrado inclinación a delinquir²². Ahora bien, si el Estado debe reformar y corregir a los delincuentes, el derecho penal y penitenciario defenderá una serie de políticas que podrán calificarse de paternalistas: aunque los delincuentes hayan optado voluntariamente por una vida orientada al crimen y al delito, el Estado podrá impedirles dicha elección, y tratarles como a menores incapaces de elegir bien, y a los que se ha de enseñar a hacerlo correctamente. Ninguno de estos autores oculta esta consecuencia. Röder, por ejemplo, afirma que los delincuentes sometidos por el Estado, aunque naturalmente adultos, pierden para el derecho su condición de mayores de edad²³; por eso la terapia en la que, como veremos, consiste el castigo puede y debe ser impuesta por el Estado, a diferencia de la terapia voluntaria de los pacientes de hospital²⁴. Este paternalismo parecerá más justificado cuanto más nos acerquemos a tesis deterministas, o aceptemos el condicionamiento del delincuente por el medio. Sin embargo, aunque se nos demostrara que el delincuente no se vio condicionado por su medio y eligió libremente delinquir, aun así, el Estado estaría legitimado para imponer de modo paternalista estas medidas de corrección y reeducación. Como explica Concepción Arenal, el deber del médico es siempre curar la enfermedad, y que el enfermo se haya expuesto

²⁰ *Ibidem*, cap. VIII («De la duración de las penas»).

²¹ RÖDER, K., *Zur Rechtsbegründung*, cit., p. 176.

²² C. Arenal asume conscientemente una ética teleológica: «Lo justo es útil, y la utilidad fuera de la justicia es engañosa». ARENAL, C., *Cartas a los delincuentes*, Librería de Victoriano Suárez, 1894, p. 173.

²³ RÖDER, K., *Die herrschenden Grundlehren...*, cit., p. 99. El reo ha de ser penado «lo mismo que el niño a quien, en caso de necesidad, se obliga a ir a la escuela». *Ibidem*, p. 122. Identifica delincuente y «ser moralmente inferior» en *Die Verbesserung des Gefängniswesens mittels der Einzelhaft*, Prag, 1857; cito por «Mejora del sistema de prisiones por medio del aislamiento», *Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*, cit., p. 192. «En último término, es verdaderamente necia esta objeción [de paternalismo]: que solo el mismo criminal, el más falto de instrucción, puede determinar lo que es necesario para su enmienda». *Zur Rechtsbegründung...*, cit., p. 180.

²⁴ El derecho de tutela del Estado le permite inculcar a los adultos una «post-educación»: *ibidem*, pp. 160-161.

temerariamente a esta resulta irrelevante²⁵. En general, ninguno de estos autores cree que este paternalismo penitenciario ofenda los principios de libertad y autonomía; suspender la libertad del individuo con el fin de enseñarle a que sea capaz de usarla parece ajustarse a la conocida fórmula rusioniana «quien desobedezca la voluntad general... será obligado a ser libre»²⁶.

En tercer lugar, el proceso de corrección en el que consiste el castigo aspira a un cambio o incluso una transformación de la estructura psicológica del individuo. Se trata de redirigir sus inclinaciones psicológicas, sus estímulos y motivaciones, de forma que su propensión a realizar acciones reprochables se desvíe de forma socialmente conveniente. Röder llega incluso a hablar de un cambio en la naturaleza misma del individuo, y ello porque es preciso lograr que el derecho y el respeto hacia la ley se conviertan en su segunda naturaleza²⁷. Dado que hablamos de una corrección de una parte de la naturaleza del delincuente, esta ha de ser interpretada como una acción terapéutica o curativa. Este carácter terapéutico entraña una consecuencia crucial para la filosofía del castigo: si la pena es un tratamiento curativo, este no puede ser considerado un mal, ni siquiera un castigo, sino una acción benigna. Si por castigo interpretamos sanciones negativas o medidas desagradables o perjudiciales para el individuo, en ese caso estas teorías pueden ser calificadas de abolicionistas o, en todo caso, partidarias de un derecho penal no represivo, y ello porque, desde su punto de vista, las consecuencias jurídicas que el derecho penal prevé han de ser reputadas como beneficiosas o curativas para el delincuente²⁸.

En cuarto lugar, la naturaleza, intensidad o duración de las sanciones no puede estar sujeta a instrucciones generales y precisas previstas en la ley. En su lugar, y con distintos matices, estos autores tienden a un cierto particularismo. La razón se halla en la nota anterior: el derecho penal no administra castigos en sentido estricto, sino más bien terapias o tratamientos, y, por tanto, su duración e intensidad dependerán de cada paciente y su evolución. Así, en lo que se refiere a su duración, las sanciones son finalistas, aspiran a la sanación del reo y, lógicamente, solo debieran concluir tras su curación. Por supuesto, no es posible predeter-

²⁵ *Estudios penitenciarios*, I, cit., p. 261.

²⁶ ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social*, París, Gallimard, 1964, p. 186.

²⁷ *Die herrschenden Grundlegen*, cit., pp. 120-121.

²⁸ Röder admite que, en un principio, la terapia puede resultar negativa o desagradable para el reo; de hecho, puede ser tan amarga y desagradable como al principio es para un niño 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, el tratamiento es beneficioso. RÖDER, K., *ibidem*, p. 117, nota a pie. En cuanto a su abolicionismo, Röder elogia 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 «correccional»; en su lugar, eran preferibles otras expresiones como «medidas adecuadas al fin educativo». DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1907, pp. 476-477.

minar el tiempo exacto de duración de la pena en la ley: esta podrá incluir una franja u horquilla espaciosa, pero que podrá ser enmendada en cada caso particular. Sin embargo, tampoco la sentencia del juez podrá precisar definitivamente el monto de la sanción. Cada individuo, como cada paciente, delimita un caso y un contexto particular que no puede ser subsumido dentro de previsiones inamovibles. El juez, como el médico, empezará el tratamiento mediante un plan provisional, pero siempre contará con la libertad de ir modulando o modificando el mismo en función de los resultados²⁹. En lo que se refiere a la modalidad del castigo, estos autores juzgan necesario separar a los individuos del medio social e incluso geográfico que, como explicamos en la primera tesis, contribuyó a la comisión del delito. Por eso, suelen mostrarse hostiles a la cárcel o la prisión, descrita por Röder como una escuela del crimen en la que solo se aprenden vicios y delitos. Fiel a esta idea, este autor prescribe un régimen de aislamiento, rotulado a veces como «modelo celular de internamiento», en el cual el interno se abstendría de todo contacto con otros delincuentes y solo se relacionaría con sus terapeutas y aquellas visitas que no le resultarían dañosas³⁰.

Obviamente, podrá aducirse que no todos los delincuentes pueden ser objeto de mejora o, por seguir la lógica de estos autores, que habrá un buen número de delincuentes incurables cuya malformación psicológica esté demasiado arraigada y no pueda ser corregida. Autores como Röder o C. Arenal, ajenos a un determinismo fisiológico estricto, son optimistas en torno a la posibilidad de que, si no una curación completa, siempre pueda obtenerse una mejoría en el delincuente, por pequeña que sea. La imposibilidad de obtener el todo, es decir, curaciones completas, no debe hacernos renunciar a obtener una parte, es decir, una mejoría o un alivio en la situación del delincuente³¹. Otros menos optimistas, como Dorado Montero, admiten la posibilidad de que, en algunos casos, la corrección sea imposible, lo que les conduce a sostener la necesidad de internamientos permanentes³².

²⁹ DORADO MONTERO, P., *ibidem*, pp. 482. RÖDER, K., *ibidem*, pp. 128-131. C. Arenal es también partidaria de la individualización, sobre todo atendiendo a la etiología del delito y al curso del tratamiento. *Estudios penitenciarios*, capítulos VIII y IX.

³⁰ RÖDER, K., *Die Verbesserung...*, cit., pp. 183-250. Un precursor de esta idea es HOWARD, J., *The State of the Prisons in England and Wales*, Cambridge, Cambridge University Press (en adelante UP), 2014 (reproduce la versión de 1789), Section III.

³¹ RÖDER, K., «Suponer en el hombre absoluta incorrección, negarle la capacidad de perfeccionarse, es dar un impío mentís a la obra del Creador». *Zur Rechtsbegründung...*, cit., p. 177. Para C. Arenal, todo delincuente «por regla general es susceptible de corrección, y aun de enmienda». ARENAL, C., *Cartas a los delincuentes*, cit., pp. 289-290.; *Estudios penitenciarios*, I, cit., p. 241. Solía repetir que no hay «incoregibles», sino «no corregidos».

³² DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales*, cit., p. 480.

2.2 Teorías rehabilitadoras contemporáneas

Las teorías que llamo contemporáneas no se distinguen tanto por que hayan sido propuestas recientemente, sino por apartarse de las clásicas en algunos aspectos relevantes. Así, en primer lugar, estas teorías aspiran a obtener un cambio moral en el individuo. Este cambio significa que el delincuente reconoce que ha causado un mal, y expresa las reacciones que presumimos características de un agente moral cuando reconoce que ha obrado mal: arrepentimiento, solicitud de perdón y aceptación de medidas reparadoras o restauradoras. En segundo lugar, estas teorías no responden a una interpretación puramente prevencionista o prospectiva; de hecho, se trata más bien de teorías mixtas e incluso de teorías retribucionistas: la actitud que se examina es la que se proyecta sobre el pasado, en concreto los sentimientos morales que experimenta el delincuente al enfrentarse con su acción culpable.

Describiré en primer lugar las teorías retribucionistas que mejor responden a estas coordenadas, a las que me referiré como «retribucionismo penitencial». Después, aludiré sucintamente a las teorías mixtas más representativas, y que responden a la etiqueta «justicia restaurativa».

2.2.1 EL RETRIBUCIONISMO PENITENCIAL

El retribucionismo se presenta como una forma austera de responder a la pregunta «¿por qué castigar?»; en lugar de condicionar la respuesta al cumplimiento de una o varias finalidades, su respuesta es que, simplemente, tenemos el deber moral de castigar a quien infringe los valores morales más importantes. Se supone que aspiramos a relacionarnos con los demás de una forma moral, y, en ese caso, el castigo es un elemento intrínseco de las relaciones que podemos llamar morales. Ocurre en cualquier práctica moral que, si alguien nos ofende gravemente, debe estar dispuesto a afrontar que le expresemos nuestra censura o reproche, y que este se plasme en una serie de medidas más o menos lesivas: la interrupción de relaciones, la no cooperación, etc. Sin embargo, cuando hablamos de castigos penales, este planteamiento tropieza con un grave problema: el castigo es, sin duda, un mal que puede llegar a ser especialmente aflictivo y doloroso, y consistir en la supresión o el menoscabo de derechos fundamentales del individuo. ¿Por qué debemos expresar nuestra censura o nuestro reproche mediante la comisión de un mal tan intenso? ¿No podríamos expresar nuestra censura de otro modo o, simplemente, limitarnos a enunciarla?³³

³³ Como se pregunta SCANLON, T., ¿por qué no probamos a expresar nuestra censura con un ramo de flores o, tal vez, de malas hierbas? «The Significance of Choice», en S. McMurrin (ed.), *Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City, University of Utah Press, 1988, p. 214.

El retribucionismo penitencial asume plenamente la idea de que la aplicación del castigo es una práctica moral entre individuos libres y responsables. Por ello, sus exigencias han de equivaler a las que sostenemos con quienes participan en cualquiera de nuestras prácticas morales, públicas o privadas, pero vulneran sus reglas o sus valores, como puede ser, por ejemplo, el caso de un hijo o un amigo cuando su conducta nos decepciona y nos parece reprochable. Y, ¿qué es lo que les exigimos en estos casos? ¿Qué actitud les demandamos por parecernos la moralmente correcta? Según estos autores, lo que reclamamos de quienes atacan los valores de nuestras prácticas es un conjunto de tres reacciones inseparables y que podemos llamar «actitudes penitenciales»: 1) Arrepentimiento. 2) Solicitud de perdón. 3) Aceptación de una serie de acciones reparadoras y restauradoras encaminadas a demostrar la sinceridad de su actitud y su voluntad de recuperar su condición de partícipe fiable de la práctica. Si esta es la reacción moral correcta, la que la moral demanda de quienes nos decepcionan y vulneran nuestros valores compartidos, esta ha de ser también la reacción que debemos exigir de nuestros delincuentes, y por eso tenemos razones para exigir y esperar de ellos su disposición a aceptar una serie de medidas reparadoras o restauradoras a las que podemos llamar castigos³⁴.

En suma, la práctica de imponer un castigo ha de adecuarse a lo que prevemos que es un desarrollo moralmente correcto de la misma; y, en un desarrollo moralmente correcto, aspiramos a obtener arrepentimiento, perdón y alguna medida reparadora. Renunciar a la satisfacción de esta actitud penitencial no es moralmente voluntario para el derecho: supondría de algún modo consentir en el delito y, con ello, consumir una degradación moral. Al mismo tiempo, supondría desconsiderar moralmente al delincuente, que tiene derecho a la expectativa de ser tratado moralmente.

Este planteamiento podría merecer una primera réplica: puede que el delincuente rechace desde el principio arrepentirse o pedir disculpas. No solo eso: también podría negarse a participar en actividades o arreglos institucionales que pudieran propiciar esta actitud penitencial o su examen de conciencia: entrevistas con las víctimas, con psicólogos o educadores sociales, etc. Más gravemente aún, podemos incluso tropezarnos con delincuentes irredentos o endurecidos de los que podemos sostener una previsión cercana a la certeza de que no van a arrepentirse o disculparse nunca. ¿Qué sentido tiene vincular el castigo con las actitudes penitenciales en todos estos casos?

La primera respuesta de estos autores es que el delincuente tiene derecho a rechazar arrepentirse o participar en mecanismos alternativos

³⁴ «Sugiero que entendamos y justifiquemos el castigo penal como una especie de penitencia secular». «En ofensas serias, pedir disculpas exige algo más que una mera expresión verbal. Este es el tercer aspecto de la penitencia y del castigo penitencial: [la pena] constituye un tipo de disculpa poderoso y reforzado». DUFF, A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford UP, 2001, pp. 106 y 109.

al proceso penal ordinario destinados a propiciar su arrepentimiento. Forzarlo a arrepentirse sería un exceso paternalista que violaría su libertad; además, el individuo podría verse tentado a mentir, a declarar un arrepentimiento que en realidad no siente³⁵. Nos hallamos en un marco retribucionista que contempla la práctica humana como una práctica libre en la que el individuo asume responsablemente las consecuencias de sus acciones, y el Estado no puede aspirar a redirigir sus inclinaciones o forzar sus mecanismos psicológicos³⁶. Por eso, el delincuente no está obligado a arrepentirse o decir que se arrepiente.

Pero, en ese caso, ¿dónde está la virtualidad de estos ingredientes penitenciales, sin los cuales, para estos autores, el castigo no está justificado? Se halla en la idea de que el Estado está obligado a intentar obtener del delincuente estas actitudes de arrepentimiento y de disculpa, porque son parte de una práctica moral correctamente desarrollada; el desarrollo del proceso y la presentación de los hechos probados son el instrumento fundamental con el que tratará de lograr este propósito. El Estado puede fracasar en su intento; muchas veces, será inevitable, puesto que la emisión sincera del arrepentimiento y la disculpa depende de una serie de estados y actitudes internas del delincuente que el Estado no puede manipular ni forzar. Sin embargo, el Estado habrá satisfecho sus deberes morales si le ha brindado al delincuente la oportunidad de expresar su arrepentimiento y su disculpa. De ese modo, el proceso penal y la administración del castigo son una especie de representación ritualizada de un proceso de generación de arrepentimiento y de petición de perdón que transcurre debidamente. Se trata de ritos, y en los ritos no se genera realmente el resultado, sino que este se representa o se evoca³⁷. Los castigos se imponen «como si» el delincuente hubiese mostrado efectivamente

³⁵ «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». BENNETT, C., «Replies to my Commentators», *Teorema*, vol. 31, 2012, p. 163.

³⁶ Como expresa Duff, «reformular» al delincuente «no es «re-formarlo», remodelarlo como un objeto al que diseñamos conforme a nuestros deseos». DUFF, A., *Punishment...*, cit., p. 108.

³⁷ El procedimiento de imposición de castigos es, para Bennett, C., 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». *The Apology Ritual*, Cambridge, Cambridge UP, 2008, p. 154; 172 ss. También A. 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 este las disculpas que solicitaba, 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 [...]. Lo que se le exige es formar parte de un ritual público... en el cual la petición o no de disculpas es una formalidad que deja abierta la cuestión de su sinceridad». DUFF, A., *ibidem*, p. 110.

arrepentimiento y petición de disculpas, y expresan realmente las medidas reparadoras que los delincuentes deberían aceptar, aunque de hecho no lo hagan.

Pese a su carácter ritual, las actitudes de arrepentimiento y disculpa no se reducen a un ideal de cuya materialización efectiva podamos olvidarnos. En realidad, incluso en las versiones que más insisten en el carácter ritual, simbólico o hipotético de la emisión de disculpas, también se insta a que el derecho, si el delincuente se muestra favorable a ello, permita introducirlo en un mecanismo procesal alternativo y más sencillo en el que pueda expresar su disculpa ante la víctima³⁸. Y, en cualquier caso, la justificación del castigo propuesta se sigue cimentando sobre una idea de arrepentimiento que se interpreta como un estado de «auto-escisión» del individuo donde el nuevo «yo» arrepentido se enfrenta al que cometió el delito³⁹. Pero, si estas aclaraciones no son del todo convincentes, creo que donde la huella rehabilitadora se expresa más claramente es en la versión penitencial más conocida: la teoría de Antony Duff.

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 el arrepentimiento es sincero, se estará dispuesto a dar algo a quien se haya ofendido. Duff acepta esta idea. Pero, desde su punto de vista, el castigo no solo funciona como consecuencia, sino también como causa contribuyente o facilitadora del arrepentimiento; de hecho, el castigo o la imposición de medidas aflictivas es el instrumento más apto del que puede servirse el Estado para inducir en el ofensor las actitudes de arrepentimiento deseadas⁴⁰. De ese modo, el retribucionismo de Duff no es puro o nítido, sino que está teñido de instrumentalismo o consecuencialismo. El propio Duff confiesa que su teoría posee también un ingrediente prospectivo que «mira al futuro», y ello porque, como veremos en seguida, nunca es ajena al arrepentimiento efectivo del delincuente, y estima que la pena debe estar diseñada para obtener este propósito.⁴¹

La segunda diferencia de la teoría de Duff con la de los autores cercanos a sus posiciones es la siguiente: para filósofos como Bennett, Feinberg y otros, el castigo es una «expresión» de la condena del Estado⁴²; para Duff, es una «comunicación» del Estado hacia el delincuente. Una «expresión» es un acto unilateral: si expreso que voy a castigar a un delincuente, me resultan indiferentes los estados internos reales de este, ya sean sus pensamientos o sus emociones. Para Duff, sin embargo, el castigo es una «comunicación», y eso significa que hablamos de

³⁸ BENNETT, C., «Reply to my Commentators», cit., p. 160.

³⁹ BENNETT, C., *ibidem*, p. 91.

⁴⁰ DUFF, A., *Punishment...*; cit., p. 108.

⁴¹ DUFF, A., *ibidem*, p. 108.

⁴² FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punishment», *Doing and Deserving*, Princeton, 1970.

una relación bilateral, no unilateral, en la cual los estados internos del delincuente no nos son indiferentes; al contrario, si me comunico con alguien es porque estoy interesado en modificar sus estados internos: que obtenga nueva información y modifique sus creencias, o que cambie sus juicios o sus reacciones morales. Tanto el proceso penal como el castigo son para Duff un mensaje que tiene por misión conducir el estado interno del delincuente a un estado de contrición o de arrepentimiento, y debe estar diseñado para despertar en él esos sentimientos morales precisos⁴³. Es posible que fracasemos en nuestro intento, y no obtengamos el arrepentimiento perseguido; en ese caso, infligimos un castigo porque es nuestro deber moral hacerlo así, porque nuestras prácticas morales nos los demandan. Sin embargo, no por ello debemos olvidar que el castigo es un concepto ligado o vinculado lógicamente al objetivo de que el delincuente se arrepienta.

Ahora bien, si el castigo está al servicio del arrepentimiento, aunque este luego se frustre: ¿qué sentido tiene castigar a los que de hecho se han arrepentido desde el principio? Duff, obligado por su tesis, debería concluir que deberíamos reducir muy significativamente su condena. Y, en efecto, Duff reconoce que, seguramente, este delincuente merece una rebaja en su sanción. Sin embargo, pese a su arrepentimiento, también cree que merece soportar un castigo que puede ser muy duradero. La explicación 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», y por eso, aunque arrepentido, debe continuar castigado para que medite y sienta dolor por sus acciones⁴⁴.

Por último, si el castigo debe ser instrumento de arrepentimiento, habrá de estar ligado al dolor y las consecuencias perjudiciales que haya producido el delito, lo que obliga a ser sensibles al tipo de delito cometido y sus circunstancias. El arrepentimiento exige así flexibilidad y variedad en los castigos. La obra de Duff es por ello sumamente crítica con el modelo actual de penas, que suele agotar la caja de herramientas punitivas en la cárcel y la multa. En su lugar, propone una gama variada e imaginativa de penas comunitarias según cada delito y la intensidad de este⁴⁵.

⁴³ DUFF, A., «Penal Coercion and the Apology Ritual», *Teorema*, 31 (2012), p. 115.

⁴⁴ «El arrepentimiento es necesariamente doloroso, porque debe dolerme reconocer (a otros y a mí mismo) el daño que he hecho». DUFF, A., *ibidem*, p. 107.

⁴⁵ DUFF, A., «Alternative to Punishment or Alternative Punishments?», W. Cragg (ed.), *Retributivism and its Critics*, Stuttgart, Steiner, 1992, pp. 43-68. Ello no supone renunciar a la prisión, aunque entiende que su uso debería reducirse de forma contundente (p. 60).

2.2.2 LA JUSTICIA RESTAURATIVA⁴⁶

Siguiendo la pista de la etiqueta, la función del castigo es restaurar o restablecer las cosas a la situación predelictual. Por supuesto, ya no será posible eliminar los daños causados por el delito, pero sí restablecer las relaciones sociales dañadas, de modo que por restauración podemos entender «reconciliación».

Estas teorías comparten buena parte de la fraseología penitencial que encontramos en las tesis anteriores. Como vimos, para el retribucionismo penitencial el castigo se justifica porque forma parte de la reacción moral correcta al delito, que consiste en el arrepentimiento y en una actitud penitencial o contrita inclinada a solicitar el perdón de la víctima y de la comunidad y dispuesta a adoptar medidas reparadoras. Las teorías restaurativas también persiguen obtener del delincuente un estado penitencial, pero con una importante diferencia: en las teorías anteriores, la comunicación al delincuente de que debe arrepentirse o la expresión de que debe pedir disculpas eran un ritual que se desarrollaba con independencia de su éxito efectivo; en las teorías restauradoras, sin embargo, el Estado debe fomentar estas actitudes en todos los delinquentes de una forma activa, con la mayor eficacia posible y hasta el último día de la condena penal.

El deber del Estado de fomentar estas actitudes conduce a una serie de implicaciones institucionales que solo puedo insinuar. En primer lugar, para que cobre una mejor conciencia de los males que ha ocasionado, el delincuente queda involucrado en un escenario de diálogo que se aparta del proceso penal ritualizado y formalista que hoy conocemos, y encaja en escenarios argumentativos más propios de los arreglos procesales informales, como la mediación o el arbitraje⁴⁷. En segundo lugar, y aunque se sigue admitiendo que los delitos ofenden a la comunidad entera, enfrentar al individuo con el mal que ha cometido obliga a otorgar un papel protagonista a las víctimas, reivindicadas por estas teorías como piezas básicas en la aplicación del castigo⁴⁸: en este punto, las teorías restaurativas comparten un cierto lazo de unión con las teorías neoliberales, porque en ellas se tiende a una comprensión

⁴⁶ En lo que se me alcanza, esta es la traducción al castellano más habitual de la etiqueta anglosajona *restorative theories*.

⁴⁷ Algunos autores hallan aquí una diferencia esencial entre el proceso europeo y el americano; el europeo busca toda la verdad del caso, pero el americano concluye en cuanto el acusado formula una declaración de disculpa (*plea*). MCEWANN, J., *The Adversarial and Inquisitorial Models of Criminal Trial*, DUFF, A., et al., *The Trial on Trial*, Vol. 1, Oxford, Hart Publishing, 2004.

⁴⁸ Por su explicitud, sirva como ejemplo DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia restaurativa como derecho de las víctimas», *Revista jurídica de Castilla y León*, Vol. 41, 2017, pp. 130-153. Un libro clásico sobre justicia restaurativa empieza así su definición: «La justicia restaurativa equivale a aquellas medidas diseñadas para dar a las víctimas del delito la oportunidad de expresarle al delincuente el impacto del daño causado a él y sus familias». MIERS, D., et al., *An Explanatory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, London, Home Office, 2001, p. 8.

del derecho penal que, si no estrictamente privada, tampoco puede ser definida como enteramente pública⁴⁹. De hecho, la conclusión ideal de este escenario de diálogo sería que delincuente y víctima llegaran a un acuerdo sobre las medidas restauradoras que sería razonable exigir del primero y que, caso de alcanzarse, deberían constituir la base del castigo⁵⁰. Por último, la actitud penitencial debe ser fomentada no solo en el delincuente, sino en todos los ciudadanos. Así, el Estado está legitimado para servirse de sus aparatos educativos y culturales con el fin de inculcar desde la infancia las reacciones morales que deberían seguir a la contravención de los valores colectivos.

De este boceto se puede concluir que estas teorías incorporan una mezcla de elementos retribucionistas y prevencionistas. Los elementos retribucionistas han sido el punto de partida de nuestro esbozo; estos autores no niegan que el castigo está justificado porque forma parte de la reacción moral correcta ante la infracción de un valor de la práctica. Sin embargo, de modo más nítido que en Duff, subrayan que el castigo está también pragmáticamente orientado hacia el futuro: no se reduce a infligir en el delincuente el dolor que provoca la culpa, sino que aspira mayormente a la reconciliación, de la que forman parte tanto un cambio beneficioso en el foro interno del delincuente como la satisfacción de la víctima. Mientras el criminal no se arrepiente, el castigo es el principal instrumento con el cual el Estado trata de obtener su arrepentimiento, condición necesaria para la reconciliación; cuando se logra, el castigo es el instrumento con el que se da satisfacción a la víctima. En ambos casos, el castigo ha de juzgarse por su aptitud o idoneidad para conseguir estos objetivos.

3. LA REHABILITACIÓN PENAL: PROBLEMAS PERSISTENTES

La rehabilitación es hoy una idea exitosa en la teoría del castigo, y la penetración de sus aspiraciones en teorías retribucionistas y mixtas lo confirma. Sin embargo, defenderé que existen motivos para la desconfianza. Estos motivos obligan a desempolvar algunas críticas ya escu-

⁴⁹ Para ZEHR, H., «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». ZEHR, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, Herald Press, 1990, p. 115. En sus versiones más radicales, estas teorías evocan el lenguaje abolicionista de la práctica penal como práctica independiente: los procedimientos de mediación que reúnen a delincuente, víctima y representantes de la comunidad se vincularían más propiamente con la práctica civil o privada. CHRISTIE, N., *Limits to Pain*, London, Martin Robertson, 1981, cap. XI; BIANCHI, H., *Justice as Sanctuary*, Bloomington, Indiana UP, 1994.

⁵⁰ La justicia restaurativa implica que los funcionarios públicos, el delincuente y la víctima, después de un proceso de mediación, sellen un «contrato de restitución». ZEHR, H., cit., p. 164.

chadas⁵¹, pero que deben reformularse y, al mismo tiempo, matizarse o afinarse en atención a las nuevas corrientes rehabilitadoras. Demasiadas veces se ha movilizadado una crítica meramente empírica o funcional y normalmente sintetizada en la fórmula *nothing works*⁵². Sin embargo, la crítica debe alcanzar una dimensión moral y normativa para ser suficientemente eficaz: la crítica empírica o funcional dejaría incólume el ideal rehabilitador en cuanto este lograra instrumentar un mecanismo idóneo para obtener sus fines⁵³. Esta crítica moral apela, por un lado, a los principios de libertad y autonomía (I) y, por otro, al de equidad (II).

I) Desde los principios de libertad y autonomía, la crítica puede introducirse mediante esta pregunta: ¿podemos suponer que el Estado respeta nuestra condición de ciudadanos libres, responsables y dueños de su destino si le permitimos identificar en nosotros inclinaciones psicológicas y morales que él juzgara socialmente perniciosas, y condicionar la pena a su erradicación y su sustitución por otras? Creo que basta una dosis mínima de liberalismo para responder «no», y que cualquier flaqueza en esta negativa nos introduce en el escenario paternalista que Kant denunciaba como el peor de los despotismos⁵⁴.

El rehabilitacionismo clásico escapa muy difícilmente de esta denuncia. En su previsión, el individuo es sometido a tratamiento por el hecho de exhibir una serie de tendencias psicológicas, y ello aun reconociendo que, en ocasiones, el grado de responsabilidad ha sido escaso por la concurrencia de fuertes condicionantes o causas contribuyentes; y, en segundo lugar, el tratamiento se dispensa con independencia del consentimiento del individuo, como si de un menor de edad se tratara. Por supuesto, los tratamientos que sostenían Röder o C. Arenal estaban lejos de las caricaturas que dibujan escenarios lúgubres de manipulación médica o psicológica, y aspiraban a ser tratamientos cívicos, educativos y humanitarios⁵⁵. A diferencia de autores como Feuerbach, para quien la sanción era un mero adiestramiento destinado a que el delincuente asociara mecánicamente el dolor físico a la comisión del delito, Röder trata de corregir la voluntad mediante, esencialmente, la educación y el apartamiento temporal del delincuente de su medio social y familiar⁵⁶. Sin embargo, estos tratamien-

⁵¹ El rehabilitacionismo fue especialmente criticado en los 70 en los países anglosajones. COHEN, S., *Visions of Social Control*, Cambridge, Polity Press, 1985; VON HIRSCH, A., *Doing Justice. The Choice of Punishment*, New York, Hill and Wang, 1976.

⁵² Se atribuye a MARTINSON, R., «What Works? Questions and Answers about Prison Reform», *The Public Interest*, Spring, 1974, pp. 22-54.

⁵³ Por ejemplo, se habla de relativa eficacia en las llamadas *drug courts* o «procedimientos especiales para delitos por tráfico y consumo de drogas» de Estados Unidos. De sus problemas normativos hablaré después.

⁵⁴ KANT, I., *Kants gessamelte Schriften*, VIII, Berlin und Leipzig, 1923, pp. 290-291.

⁵⁵ No es irrelevante apuntar que, en un contexto favorable a la pena de muerte, Röder se opuso a ella. RÖDER, K.: *Zur Rechtbegründung...*, cit., p. 179; *Die herrschenden Grundlehren...*, cit., p. 81.

⁵⁶ RÖDER, K., *ibidem*, pp. 70 y 71.

tos toman a individuos adultos como menores necesitados de tutela y administración externa, y se apresuran a vaciar su voluntad de inclinaciones perniciosas y reemplazarlas por otras: solo esta presunción de la psicología del individuo como un recipiente vacío que puede ser llenado mediante los contenidos que el Estado elija resulta moralmente ofensivo. Aunque el Estado ideara la máquina de rehabilitación perfecta, reclamaríamos nuestro derecho a no someternos a ella. Además de ofensivos, estos planteamientos son peligrosos, porque nos dejan teóricamente inermes ante aquellos gobiernos que quieran extraer de estas ideas consecuencias no tan cívicas y humanitarias.

Algunas teorías de la rehabilitación que podemos juzgar como clásicas, pero que se desarrollan en nuestros días, se han presentado justamente como fórmulas de elusión de las críticas de paternalismo. Esta es, en esencia, la propuesta de la llamada *moral education theory of punishment*, sostenida por ejemplo por J. Hampton⁵⁷. Desde su punto de vista, es posible defender una teoría de la prevención especial sin incurrir en paternalismo mediante una propuesta que no trate de inculcar una determinada doctrina comprensiva o concepción de la vida buena, sino las condiciones morales mínimas para que los individuos puedan llevar a cabo una vida libre y autónoma. En el fondo, este esfuerzo por conciliar rehabilitacionismo y liberalismo ya fue ensayado meritoriamente por Röder, para quien los tratamientos penales no buscarían inculcar los valores que predicara el Estado, sino, simplemente, la obediencia a la ley, de modo que la corrección tendría un alcance puramente político, y no moral⁵⁸. Un primer problema de esta variante es que presume una tesis de la motivación fuertemente cognitivista, y según la cual bastaría la demostración racional de que un determinado curso de conducta es correcto y otro reprochable para que la voluntad del individuo se mostrara del todo propicia a seguir el primero y reacia a seguir el segundo⁵⁹. En cualquier caso, existe una denuncia de mayor envergadura: el problema no es para qué se adiestra, se educa o sugestiona, sino el mero hecho de que se adiestra, educa o sugestiona a individuos adultos a los que se supone responsables de sus acciones y de los planes de vida y concepciones del bien que las han motivado.

Las teorías penitenciales y restaurativas parecen mejor posicionadas para rehuir la sombra del paternalismo: si el individuo se arrepiente o no es una decisión autónoma, y dicha voluntad ha de ser siempre respetada por el Estado. En este asunto, sin embargo, deben observar-

⁵⁷ HAMPTON, J., «The Moral Education Theory of Punishment», *Philosophy and Public Affairs*, 13 (1984).

⁵⁸ RÖDER, K., «Zur Verständigung über das Verhältnis des Einzelhaft zur Strafgesetzgebung», *Archiv des Criminalrechts*, 1850, pp. 414 y 437.

⁵⁹ SHAFER-LANDAU, R., acusa a estas teorías de sostener una psicología moral platónica en «Can Punishment Morally Educate?», *Law and Philosophy*, 10 (1991).

se gradaciones que matizan la posición adoptada y complican el estatuto moral de cada teoría⁶⁰.

Sin duda, las teorías restaurativas son las que parecen más vulnerables a la acusación de paternalismo, porque, como hemos visto, insisten en la idea de que es preciso seguir intentando el arrepentimiento del individuo hasta el último día de condena; lejos de respetar la decisión del individuo de mostrarse irredento, las teorías restaurativas le imponen en todo momento un castigo diseñado y modulado con el fin de lograr su arrepentimiento y contrición. Además, introducir en el sistema educativo el fomento de estas actitudes implicará que las escuelas deberán inculcar no ya una tendencia abstracta a cumplir la ley, sino la necesidad de apartarse de cada uno de los delitos que impren eventualmente en cada código penal: uno se arrepiente de algo en concreto y, sobre todo, del daño que causa a una víctima concreta. En ese caso, cualquier deslizamiento paternalista que se refleje en un determinado delito se verá fuertemente agravado si se concede al Estado el derecho a adoctrinar en las escuelas para provocar el arrepentimiento de quien lo cometa.

En lo que se refiere a las teorías penitenciales, la teoría comunicativa de Duff también presenta flancos abiertos al reproche de paternalismo. El propio castigo es presentado como un medio apropiado para obtener arrepentimiento, y la dimensión comunicativa del castigo significa que los estados mentales y actitudes morales del individuo no deben resultarnos indiferentes. Bennett parece eludir más cómodamente el problema al concebir su teoría como expresiva y unilateral: lo que sucede en el foro interno del individuo –si se verifica o no un arrepentimiento verdadero en el castigado– no nos interesa ni psicológica ni moralmente. Aduce además un argumento moral de notable peso a favor de esta idea, como es el deber del Estado de respetar la integridad o la autenticidad de los individuos⁶¹; no debemos favorecer la mentira o el desdoblamiento del individuo, y lo cierto es que tentar al individuo a emitir un arrepentimiento a cambio de beneficios penitenciarios es inducir un arrepentimiento falso. Sin embargo, Bennett no oculta sus simpatías con los procedimientos restaurativos en los que se manifiesta un arrepentimiento real; permite que víctima y delincuente arrepentido precisen la cuantía de la pena dentro de un margen establecido por el juez⁶², y llega a proclamar que el castigo penal debería ser «tan restaurativo como fuese posible»⁶³.

⁶⁰ No debatiremos sobre algunos problemas empíricos. De acuerdo con MATZA, D., y SYKES, G. M. («Delinquency and Subterranean Values», *American Sociological Review*, 26, 1961), los delincuentes tienden a desarrollar «técnicas de neutralización» que les facilitan verse como no responsables o incluso como legitimados, lo que desautorizaría cualquier expectativa general o presunción de arrepentimiento y disculpa.

⁶¹ BENNETT, C., *Replies...*, cit., p. 163.

⁶² BENNETT, C.: *An Apology Ritual*, cit., p. 180.

⁶³ BENNETT, C., *ibidem*, p. 5.

Pese a los diversos matices y gradaciones, ninguna de estas teorías penitenciales esquivan el obstáculo que representa el delincuente «de conciencia», al que podemos definir como aquel que ha delinquido por lo que este reconoce como razones morales o políticas. En estos casos, por abstracta y unilateral que haya sido nuestra atribución de arrepentimiento, parece acertado juzgar que no estamos autorizados a presumir sentimientos morales de pesar o contrición cuando, en realidad, son de satisfacción por el deber cumplido; el recurso a la hipótesis «como si el delincuente se hubiera arrepentido» es en este caso una ficción. Duff o Bennett podrían buscar refugio en la teoría de Rawls. Podrían aducir que sigue siendo posible exigir disculpas y arrepentimiento moral sin entrar en la cuestión comprensiva de si los valores morales que ha movilizado el delincuente de conciencia son o no los más ejemplares, y ello porque sigue siendo reprochable que el delincuente haya infringido la ley y, de ese modo, los valores políticos asociados a la legalidad. En suma, estos individuos han defraudado valores políticos o públicos que ostentan un peso muy elevado y que normalmente deberían desplazar los valores representados por las concepciones del bien⁶⁴. Sin embargo, creo que esta vía de escape no les está abierta. La solución presume que debiera existir un ligamen moral superior con los valores políticos que con los valores comprensivos. El problema es que las teorías penitenciales dependen de la posibilidad de experimentar una serie de sentimientos morales, y lo que ahora exigen es que el delincuente abrigue un ligamen emocional más estrecho con los valores políticos que con los relativos a su concepción del bien. Este ligamen emocional superior parece ajeno a los delincuentes de conciencia; el arrepentimiento también implica un sentimiento de vergüenza, pero las manifestaciones emocionales de este tipo de delincuentes suelen ser de signo opuesto.

II) Además de los principios de libertad y autonomía, la crítica moral también exige invocar el principio de equidad. En la dogmática penal, este principio se traduce en la primera acepción del principio de proporcionalidad, según la cual quienes han cometido la misma ofensa deben merecer el mismo castigo. El problema es que el objeto de evaluación de este criterio es el delito cometido, y las teorías rehabilitadoras no propugnan un derecho penal del delito, sino del delincuente: la modalidad, la intensidad y la duración del castigo han de depender de las condiciones psicológicas y morales del delincuente. El castigo es en realidad un tratamiento, y este debe modularse de acuerdo con el estado y la evolución del paciente. Desde este análisis, la rehabilitación no es una teoría obediente a la proporcionalidad y, por tanto, a la equi-

⁶⁴ Frente a los valores que defienden las doctrinas comprensivas, Rawls se refiere a los valores propios de una concepción política de la justicia como *very great values*. RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia UP, 1993, p. 139.

dad⁶⁵. El condenado debe ser así objeto de vigilancia y observación constantes en el cumplimiento de su pena; en concreto, como estipulaba Röder en 1846, debe ser sometido «al arte psicológico»⁶⁶ con el fin de determinar si el castigo debe ser suspendido, prolongado o si se deben atribuir beneficios penitenciarios. Es posible que este alejamiento de la proporcionalidad suponga una pérdida moral, pero sería una pérdida ampliamente compensada por los beneficios que obtenemos mediante la regeneración del delincuente.

Sin embargo, creo que existen razones para pensar que el precio moral que se ha de pagar es mucho más elevado de lo que estas teorías presumen. Justificar esta idea exige aludir a una fenomenología de casos y problemas que no podré analizar extensamente. Me referiré a cuatro situaciones; las dos primeras son imputables al rehabilitacionismo clásico; las dos siguientes al contemporáneo.

a) Aunque un delincuente haya cumplido la pena prevista en la legislación, si se juzga que su voluntad aún no ha sido corregida deberá prolongar su tratamiento, a diferencia del que haya cometido el mismo delito, pero sí se haya curado. Del primero se estima que existen muchas posibilidades de que reincida o cometa otros delitos. Es incluso posible que el delincuente se muestre arrepentido y no desee reincidir; sin embargo, la práctica rehabilitadora niega beneficios penitenciarios si juzga que, aunque quiera rehabilitarse, no puede hacerlo dadas sus circunstancias, normalmente un medio social o familiar que se interpreta hostil a su corrección: en estos casos, se prevé que su posible buena voluntad sería doblegada pronto⁶⁷. En general, este tipo de estimaciones suelen expresarse como diagnósticos de peligrosidad, entendiendo el concepto de peligrosidad no en un sentido social relativo a la inseguridad pública o al temor que pueda inspirar el delincuente, sino en un sentido subjetivo ligado a un análisis técnico o psicológico sobre su voluntad, su autocontrol y sus inclinaciones cuya conclusión sería un diagnóstico de reincidencia⁶⁸. Si este diagnóstico es desfavorable, la terapia indicada dependerá normalmente del momento en que se efectúe: si se realiza durante el cumplimiento de la pena, el delincuente perderá los beneficios penitenciarios que disfrutaban quienes progresan significativamente en su tratamiento (permisos, regímenes abiertos,

⁶⁵ «Cuanto más se comprende que solo una pena acomodada en lo posible a la *individualidad* del crimen y de su autor... tanto más va disminuyendo la creencia en la necesidad de leyes *completamente determinadas* o, en otros términos, en la infalibilidad del legislador». RÖDER, K., *Die Verbesserung des Gefängniswesens...* cit., pp. 243-244

⁶⁶ *Zur Rechtbegründung der Besserungsstrafe*, cit., p. 175.

⁶⁷ Un auto de la Audiencia Provincial de Soria de 26 de enero de 2005 indica estas «causas suficientes» para la negación de permisos penitenciarios: «el deficiente medio social en el que ha de integrarse el interno, la falta de apoyo familiar o económico» o «la falta de enraizamiento en España».

⁶⁸ Röder, K., expresa la poca relevancia que le merece el concepto de peligrosidad interpretado como ataque a la seguridad pública en *Die herrschenden Grundlehren*, cit., pp. 122-123.

descuentos en la pena, etc.); si se efectúa una vez cumplida la pena inicialmente prevista, la terapia es un suplemento adicional de castigo⁶⁹. b) Si es posible vincular la administración de penas o medidas de seguridad a la peligrosidad o propensión a delinquir, no habría razones para negar el tratamiento antes de que se declararan los estragos de la enfermedad, es decir, antes de que se cometiera el delito. Las teorías rehabilitadoras clásicas se suman a los problemas de cualquier teoría prevencionista, y eluden difícilmente un compromiso con las medidas predelictuales⁷⁰. Por último, es posible que tanto el tratamiento predelictual como la prolongación del castigo al que nos referimos antes adopten fórmulas más flexibles y benignas: la mera vigilancia o la libertad condicional supervisada por un agente pueden ser los ejemplos más característicos. Lo relevante es que resulta difícil clasificar estas fórmulas como penas o como medidas de seguridad: por un lado, son medidas de seguridad porque son cuidados preventivos encaminados a evitar la comisión de un delito, y no a responder por un delito del pasado; por otro, forman parte del tratamiento y la rehabilitación en los que consiste la pena. La teoría difumina la distinción entre pena y medidas de seguridad.⁷¹

El rehabilitacionismo contemporáneo puede replicar con justicia que estos fenómenos no encajan en sus teorías. Ni los partidarios de la justicia restaurativa ni los defensores del retribucionismo penitencial compartirían consecuencias prevencionistas como las que acabamos de resumir, y admitirían que, terminado el período de sanción estipulado en la sentencia, el delincuente no rehabilitado debe quedar en libertad. Sin embargo, la convivencia de estas teorías con el principio de proporcionalidad tampoco es satisfactoria si atendemos otros dos fenómenos. a) Tanto las teorías restaurativas como las penitenciales admiten que el delincuente sinceramente arrepentido merece un trato diferenciado, tanto procesal como penitenciario: participación en mecanismos de conciliación, fijación por acuerdo de la pena, etc. De ese modo, se crea una justicia dual que separa a quienes se avienen a la

⁶⁹ Holanda ha instaurado un modelo dual o *dual-track system*: a un modelo penal puro le acompaña paralelamente un modelo «mixto» en el cual 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. DE KEUSER, J., «Never Mind the Pain; It's a Measure! Justifying Measures as Part of the Dutch Bifurcated System of Sanctions», en Tonry, M. (ed.), *Retributivism has a Past: Has It a Future?*, Oxford, The Oxford UP, 2011.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, ANCEL, M., *La défense sociale nouvelle*, París, Cujas, 1954, p. 29; 1971, p. 37.

⁷¹ ROXIN, K., que simpatiza con las teorías de la prevención especial, halla una ventaja en esta confusión, porque permite una justificación única para penas y medidas de seguridad. Sin embargo, admite la diferencia conceptual entre una y otra: la pena mira al hecho cometido y está guiada por la culpabilidad, mientras que la medida de seguridad mira hacia el futuro, y está guiada por la peligrosidad. *Derecho Penal. Parte general: I, Fundamentos. La estructura del delito*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 103-107.

rehabilitación de otro grupo de delincuentes más variado de lo que parece: este incorpora no solo a los que podemos considerar delincuentes endurecidos o irredentos, sino también aquellos que insisten en proclamar su inocencia, y están dispuestos a renunciar a beneficios penitenciarios –que obtendrían de confesar o mostrarse arrepentidos– para mantener una posición coherente o íntegra. b) Duff y los partidarios de la justicia restaurativa defienden un diseño flexible de las penas por parte del juez. Esta idea es especialmente visible en Duff, para quien el castigo debe estar diseñado para fomentar la actitud penitencial deseada, por lo cual debe ajustarse al delito cometido y, en especial, al daño causado a la víctima. En principio, sugerir que el delincuente tiene derecho a un traje penal a medida puede parecer más sensible y ajustado. Pero, como ha replicado Von Hirsch, el problema de los trajes a medida es que suelen ser para los ricos; en los delitos económicos, podemos conseguir que los delincuentes ricos cobren conciencia de la privación de bienes si les forzamos a vivir humildemente; sin embargo, no será posible con los delincuentes pobres, que ya conocían el dolor de la pobreza antes de delinquir⁷². Otros parecen ver en el diseño flexible de las penas una oportunidad para la justicia poética, para fomentar el arrepentimiento forzando al delincuente a probar su propia medicina, lo que exigirá del juez imaginación e incluso un cierto sentido estético⁷³. El problema de estos esfuerzos no es solo el peligro de discreción y excesivo creacionismo judicial; también conviene preguntarse si aproximar el tipo de dolor del castigo al que sufrió la víctima no nos retrotrae al talión más clásico, por no decir a una cierta confusión entre justicia y venganza.

Me he referido a la primera acepción del principio de proporcionalidad: merecen el mismo trato quienes se hallen en la misma situación penal. La segunda acepción estipula que las penas deben ser proporcionales a la gravedad del delito. En esta acepción se expresa el vocabulario relativo al «merecimiento» muchas veces invocado en la teoría del castigo: el delincuente merece la sanción porque ha infringido una serie de valores morales, y merecerá un mayor o menor castigo según el peso o la importancia de aquellos. Sin embargo, las teorías rehabilitadoras tampoco parecen adecuarse a esta orientación, lo que puede mostrarse mediante dos ilustraciones. a) Si el castigo es un tratamiento, perderá cualquier legitimidad en cuanto se haya obtenido la curación; de ese modo, el delincuente que se estime psicológicamente rehabilitado, por breve y liviano que haya sido el castigo, dejará de ser objeto de tratamiento penal, por graves o dañosas que fuesen sus acciones. Por contra, delitos no muy graves pueden exigir restricciones a la libertad más prolongadas si las estimaciones de rehabilitación son negativas⁷⁴. Sin duda,

⁷² VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 123-124.

⁷³ NUSSBAUM, M., *Poetic Justice*, Boston, Beacon Press, 1997.

⁷⁴ Este es uno de los problemas de las *drug courts* mencionadas en la nota 52. Como en otros programas terapéuticos de este tipo, el acusado puede ser seleccionado

el rehabilitacionismo contemporáneo se ha sentido incómodo ante este planteamiento, y ha tratado de paliar sus consecuencias inicuas. Como vimos, la teoría de A. Duff sostiene que, aunque se logre un arrepentimiento sincero, en especial en delitos graves, es preciso que la aflicción del castigo penetre más profundamente en el delincuente, de modo que, por usar una expresión clásica, el mayor dolor de los pecados intensifique el propósito de la enmienda. La tesis, sin embargo, presume que el dolor y el castigo son causas contribuyentes del arrepentimiento, una causación que está lejos de haber sido contrastada. b) Se dice comúnmente que «lo siento» es una expresión aceptable una sola vez: si se repite la conducta, y además varias veces, pierde credibilidad. Aplicada esta lógica a las teorías penitenciales y restaurativas, la consecuencia es que debemos desconfiar de las disculpas del reincidente, y que no debemos apreciar sinceridad alguna en las que pudiera emitir el multirreincidente. Se puede así concluir que las teorías penitenciales y restaurativas ofrecen una justificación reforzada a la política penitenciaria sintetizada en la fórmula *three strikes out*, y que representa condenas muy severas a partir del tercer delito⁷⁵.

No debe dejar de señalarse que, además de revelar problemas morales de equidad, algunos casos anteriores desbordan el principio de derecho penal mínimo que presumo vigente en la práctica de cualquier Estado liberal: la perspectiva de prolongar el tiempo de la pena más allá de lo estipulado en la ley por estimaciones de peligrosidad, la negación de cualquier beneficio penitenciario a quien se proclame inocente o el encono penal tras el tercer delito no parecen ser plasmaciones ejemplares de dicho principio.

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. Cuando el acusado logra rehabilitarse, queda libre; si, por el contrario, desaprovecha la oportunidad que se le brinda, el juez le impondrá una sanción penal. En este caso, la suerte penal del seleccionado y rehabilitado será mucho más benévola que la de quien no fuera seleccionado, aun cuando la acusación fuese la misma. Pero la peor parte le corresponde a quien fuera seleccionado, pero no consiguiera rehabilitarse; el castigo de estos individuos es más severo que en un régimen tradicional, y ello porque al tiempo empleado en la realización del programa habrá que sumar el impuesto por la pena. BOWERS, J., «Contraindicated Drug Courts», *UCLA Law Review*, 55 (2008); HUSAK, D., «Retributivism, Proportionality and the Challenge of the Drug Court Movement», *Retributivism Has a Past. Has It a Future?*, cit.

⁷⁵ En la sentencia *Rummel v. Estelle* (445 U. S. 263 [1980]), el Tribunal Supremo de Estados Unidos confirmó una sentencia de un tribunal de Texas en la que se condenó a cadena perpetua con posibilidad de libertad bajo fianza 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 (por fraude en tarjeta bancaria y cheque falso), 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 este tampoco son insólitos.