

Penas y vergüenza

JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO (*)

Universitat «Pompeu Fabra»

Un asunto que ha adquirido recientemente una inusitada atención en nuestra sociedad ha sido la propuesta del presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de publicar la lista de los condenados por malos tratos domésticos para su escarnio y vergüenza (1). Como consecuencia de ello ha surgido un interesante debate acerca de la justificación de este tipo de castigos en el marco de nuestro ordenamiento constitucional.

(*) Doctor en Derecho. Profesor titular EU de Filosofía del Derecho.

(1) Ver *El País*, 11 de octubre de 2000. Las Cortes de Castilla-La Mancha aprobaron el 17 de mayo de 2001 la Ley de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas (Diario Oficial de Castilla-La Mancha, 5/2001, de 17 de mayo de 2001). Ni en las disposiciones normativas, ni en la exposición de motivos hay referencia alguna a que se busque la vergüenza de los condenados. La ley dispone en su artículo 11 que «el Gobierno enviará a las Cortes las sentencias judiciales en las que haya condenas por malos tratos y cuando se cuente con el consentimiento de la víctima o, cuando ésta no pudiere prestarlo, con el consentimiento de las personas perjudicadas. En todo caso, se respetará la intimidad de la víctima, su entorno familiar y fundamentalmente la intimidad de los menores afectados».

En la Disposición adicional única se establece que «los datos personales de todo tipo que figuren en el Informe al que se refiere el artículo 11 de esta Ley no podrán ser incluidos en fichero, ni ser tratados, ni cedidos en los términos que para estos conceptos establece el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyos preceptos deberán ser siempre respetados en aplicación de esta Ley».

Aunque en la reciente historia de la España constitucional sería una novedad el que se establecieran castigos de estas características, lo cierto es que desde hace unas décadas se asiste a un renacimiento de estas penas en otros países, especialmente en EE. UU. Las denominadas *shameful sanctions* llevan aplicándose desde hace un par de décadas como estrategia punitiva para hacer frente a determinados delitos y a un cierto tipo de delincuentes.

La presuposición principal sobre la que se basa esta propuesta es la posibilidad de establecer una ligazón entre el sentido de la vergüenza y la tendencia a observar las normas jurídicas. El temor a ser avergonzado públicamente puede ser tan fuerte o más que el miedo de ir a la cárcel, y por ello se sugiere que habrá una mayor inclinación a cumplir las normas sociales y eventualmente, una mayor probabilidad de reintegración social del delincuente. Es decir, los castigos avergonzantes pueden ser más eficaces que la sanción carcelaria. Y si esto es así, ¿por qué no reintroducirlas nuevamente en nuestros sistemas jurídicos?

En lo que sigue abordaré los siguientes aspectos: 1) definición y tipología de estos castigos avergonzantes; 2) argumentos a favor de tales castigos; 3) algunas objeciones a su restablecimiento.

Definición y tipos de castigos avergonzantes

El uso de la vergüenza como castigo no es novedoso. En la literatura filosófica y antropológica es habitual distinguir las sociedades según dos medios usados en el control social: la vergüenza y la culpa. En ambos casos se trata de emociones que constituyen una fuente de control social eficaz al generar inclinaciones positivas hacia el cumplimiento de las normas (2).

La vergüenza es considerada una emoción que produce algún tipo de daño y de reevaluación del propio sujeto respecto a lo que le rodea. Bernard Williams caracteriza la vergüenza como una emoción roja, en el sentido de que uno se ve a sí mismo a través de los ojos de los demás lo cual conduce al sonrojo (3). Los efectos que produce el avergonzamiento son complejos. En general, se trata de una emoción autoconsciente que incluye sentimientos de falta de

(2) ELSTER, Jon: *Economics*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 124.

(3) WILLIAMS, Bernard: *Shame and Necessity*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-Oxford, 1993, pp. 219-220.

valor o de debilidad que afectan a la propia concepción del yo de una forma global. La exposición ante los demás provoca una sensación de desventaja y de pérdida de poder. Por eso, el modelo psicológico que se asocia a la vergüenza es el de un mirón o un testigo que ha sido descubierto. Al quedar el sujeto expuesto ante los demás, las emociones que se producen son la angustia y el temor, por cuanto se contempla a sí mismo como objeto o figura pública de recriminación social. La vergüenza comporta «una especie de desplome del sentimiento del propio valor, el sujeto en la vivencia del rechazo de su acción se avergüenza de sí mismo, se experimenta como de menor valor social de lo que previamente había supuesto» (4). En este sentido, Elster señala que la vergüenza se distingue de la culpa en que, siendo ambas formas de autoacusación, la vergüenza es global o caracterológica (soy una mala persona) y la culpa, específica o conductual (cometí una mala acción) (5).

Este breve análisis de la vergüenza como emoción permite examinar de qué manera actúa en el castigo: genera una ruptura entre el sujeto avergonzado y los otros y ello produce un daño que afecta negativamente a algún elemento que es considerado importante para el propio sujeto, esto es, en su identidad y en su relación con la sociedad (el respeto, la estima, el honor). Este proceso conduce a la autoconciencia de pérdida de valor. Esta consecuencia puede ser tan gravosa que puede producir un temor tan fuerte o más que el miedo de ir a la cárcel. Es éste el argumento en que se apoyan algunos criminólogos para afirmar que el temor a la vergüenza puede ser un motivo eficaz para lograr que los individuos tengan la inclinación a cumplir las normas sociales (6).

Una vez visto cómo actúa la vergüenza en el sujeto como mecanismo de control social, examinaré cuáles son sus rasgos parti-

(4) HONNETH, Axel: *La lucha por el reconocimiento*, Crítica, Barcelona, 1992. Trad. de M. Ballester, p. 166. Véase también Schneider, Carl: «la vergüenza es la experiencia dolorosa de la desintegración del mundo de uno mismo. Se produce una ruptura en la relación del yo con consigo mismo y con los otros... El yo ya no es una unidad, sino que se divide. Se siente menor de lo que quiere ser...»: SCHNEIDER, Carl D.: *Shame, Exposure and Privacy*, WW. Norton & Company, New York-London, 1977, p. 22.

(5) ELSTER, Jon: *Economics; op. cit.*, p. 125. Otra diferencia que apunta este autor es que la culpa nos induce a reparar una mala acción, y la vergüenza nos lleva a ocultarnos o desaparecer (p. 127).

(6) Sobre la vergüenza como motivo para el cumplimiento de las normas sociales puede verse ELSTER, Jon: *Economics, op. cit.*, pp. 124 ss. ANOLLI, Luigi: *La vergogna*, Il Mulino, Bologna, 2000.

culares con relación a la noción *standard* de castigo (7). Para ello, asumiré la definición de castigo de Hart que incluye los siguientes rasgos: 1) acarrea dolor u otras consecuencias que normalmente se consideran desagradables; 2) es impuesto por una transgresión a reglas jurídicas; 3) es infligido a quien realmente se considera autor de una transgresión; 4) es impuesto intencionalmente por otros seres humanos; 5) es impuesto y ejecutado por una autoridad constituida por un ordenamiento jurídico contra el cual se ha cometido la transgresión. Ross (8) ha sugerido la inclusión de un sexto rasgo (que el castigo es una expresión desaprobación al transgresor) cuya discusión abordaré más adelante.

Los castigos avergonzantes cumplen con estas notas distintivas, pero presentan dos particularidades en el primer y en el último rasgo.

En efecto, en la actualidad y de forma general el contenido de los castigos tiene que ver con la privación en la disposición de ciertos bienes: la propiedad, la libertad de movimiento, etc. El rasgo distintivo de los castigos avergonzantes es que se coloca al condenado en una situación que normalmente causa vergüenza (9). La consecuencia desagradable en los castigos que estamos examinando está relacionada con el daño que origina el avergonzamiento.

El segundo rasgo propio de las medidas avergonzantes estriba en que la ejecución de la pena impuesta por las autoridades estatales va acompañada de la participación del grupo social o de la víctima del delito (10).

(7) HART, H. L. A.: *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 4-5

(8) ROSS, Alf: «La finalidad del castigo», en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a A. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976. Traducción de G. Carrió, pp. 155-157.

(9) Para que este proceso sea exitoso parece necesario que: 1) el delincuente sea miembro de un grupo identificable, ya sea religioso, étnico o social; 2) las acciones del delincuente sean sentidas como lesivas por la comunidad; 3) la pena sea comunicada por el grupo social mediante algún tipo de acción u omisión que implique respecto del condenado algún tipo de abandono o rechazo, ya sea de carácter físico, emocional o económico; 4) el condenado tema las consecuencias de la aplicación de una sanción avergonzante, pues aunque éstas no impliquen daño físico, sí suponen característicamente un daño psicológico o moral. MASSARO, Toni: «Shame, Culture and American Criminal Law»; *Michigan Law Review*, vol. 89, núm. 7, June, 1991, p. 1886. Ver también: POSNER, Eric: *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, London, 2000, pp. 88 y 108.

(10) POSNER, Eric: *Law and Social Norms*, op. cit., p. 94.

En definitiva, los castigos avergonzantes son aquellos en los que se coloca al condenado en una situación que normalmente provoca consecuencias desagradables (el avergonzamiento), como consecuencia de una transgresión de reglas jurídicas, por decisión de la autoridad judicial, y que cuenta con la participación de un grupo social (o de la víctima del delito) en su aplicación.

Pueden establecerse tres grupos de estas penas avergonzantes (11):

1. Penas que pretenden estigmatizar al condenado. El propósito de esta modalidad de sanciones es magnificar la desaprobación inherente en la condena a través de la comunicación de la situación del delincuente a un público numeroso. Así, por ejemplo, algunos ayuntamientos publican los nombres de los condenados en periódicos o boletines oficiales, o incluso los difunden en programas de televisión. Este tipo de medidas suele ser frecuente cuando se ha sido condenado por delitos sexuales o simplemente por acceder a los servicios de prostitutas (12).

Una variante de estas medidas son los castigos que pretenden una estigmatización literal, esto es, que el delincuente sufra la estampación de algún tipo de marca o símbolo. A diferencia de los supuestos mencionados anteriormente, aquí la publicidad juega un papel menor frente al propósito estigmatizante. En efecto, algunos jueces han establecido en sus sentencias que los jóvenes ladrones o los individuos que han cometido algún delito sexual menor lleven camisetas en las que aparece enunciado el delito o falta que han cometido: «Estoy en libertad vigilada por hurto», «Soy un ladrón», o «Estoy condenado por molestar a niños» (13). Otros ejemplos son la obligación de portar brazaletes brillantes con el mismo tipo de frases, colocar los símbolos estigmatizantes en los coches (por ej.: a los condenados por conducir en estado de embriaguez se les condena a llevar una matrícula en la que aparece de nuevo el

(11) KAHAN, Dan: «What do Alternative Sanctions Mean?»: *University of Chicago Law Review*, 63, 1996, p. 631.

(12) Véase como ejemplo la noticia aparecida en *El País* el jueves 31 de diciembre de 1998: «Virginia publica en Internet la lista de delincuentes sexuales del Estado: Virginia ha revelado en Internet el nombre y domicilio de más de 4.600 delincuentes sexuales de ese Estado norteamericano».

(13) Ver KAHAN, Dan: «What do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 633.

mismo tipo de rótulo) (14); llevar en la suela de los zapatos una tapa metálica de manera que suene cuando camina y así el condenado pueda ser reconocido por el resto de la ciudadanía (15); y, por último, también es frecuente que se coloquen los signos que evidencian la comisión de un delito en la fachada de la casa del infractor (16).

2. Penas que promueven la degradación del condenado a través de la imposición de ceremonias o rituales que normalmente tienen esa consecuencia. A pesar de la similitud con algunos ejemplos de estigmatización literal o de publicidad estigmatizante, lo característico en esta categoría es la mayor participación o injerencia del grupo social o de las víctimas del delito en la vida del delincuente. Algunos ejemplos de estas sanciones son la obligación que debe soportar el condenado por un robo de permitir que sus víctimas entren en su casa, curioseen y remuevan lo que a ellos les parezca (17), la obligación de limpiar las calles impuesta a los condenados por orinar en lugares públicos (18), o la obligación del condenado de soportar que la mujer víctima de su acoso sexual le escupa en la cara.

3. Penas que persiguen el arrepentimiento del condenado: aquí el delincuente debe hacer públicas sus propias convicciones, describiendo sus delitos en primera persona y pedir perdón por ellos o bien disculparse de rodillas, obteniendo la exoneración de la cárcel sólo si logra convencer a sus víctimas de que su arrepentimiento es sincero (19). De manera especial, este tipo de sanciones se usa cuando existe algún grado de vinculación entre la víctima y el condenado (20).

(14) Iowa Code Ann 321J.4A(4)(a) (West Supp 1995); *Goldschmitt v. State*, 490 S2d (Fla Dist Ct App 1986). Citado por KAHAN, Dan: «What do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 632.

(15) *People v. McDowell*, 59 Cal. App. 3d 807, 130 Cal. Rptr. (1976). Citado por BRILLIANT, *op. cit.*, p. 1362.

(16) *State v. Bateman*, 95 Or. App. 456, 771 P. 2d 314, 318 (1989). Citado por BRILLIANT, *op. cit.*, p. 1365.

(17) Citado por KAHAN, Dan: «What do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 633.

(18) Citado por KAHAN, Dan: «What do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 633.

(19) ALTER, Jonathan y WINGERT, Pat: «The Return of Shame»: *Newsweek*, February 6, 1995, p. 21.

(20) Estas medidas deben ser distinguidas de aquellas otras medidas extra-judiciales agrupadas bajo la denominación de «reparación a la víctima» en las que el condenado (normalmente, se trata de personas jóvenes) debe reparar a la vícti-

Han sido varios los argumentos esgrimidos en la defensa de estas medidas. Todos ellos están atravesados por la suposición de que en su ámbito de aplicación son más efectivas que la cárcel. No obstante, aquí me concentraré en tres justificaciones: su mayor carácter expresivo, el menor coste económico y la menor crueldad que la cárcel.

Argumentos a favor de las medidas avergonzantes

El mayor carácter expresivo

Uno de los principales argumentos a favor de las medidas avergonzantes es que comunican de una manera más eficaz que otras medidas una reprobación al condenado (21). Esta afirmación tiene su sustento en la concepción expresiva o comunicativa del castigo (22).

Según esta concepción, el castigo tiene un elemento reprobatorio de naturaleza moral, esto es, la pena expresa las exigencias de un orden moral aceptado. En este sentido, no sería posible ofrecer una adecuada caracterización del castigo si no se subrayara el elemento expresivo o comunicativo. La pena comunica o expresa significados morales. En opinión de Feinberg, lo que distingue conceptualmente a la pena de otras medidas jurídicas coactivas es que representa un instrumento convencional para la expresión de juicios de desaprobación moral. El tratamiento gravoso o displacentero que entraña la imposición de la pena la convierte en un símbolo de la reprobación moral de la comunidad. Tal es así que el mero hecho de conocer que alguien es objeto de una medida coactiva (la pena),

ma por el daño cometido. Los arrepentimientos avergonzantes se diferencian en que tienen un carácter más público y porque especialmente buscan la degradación del condenado. Ver, sobre medidas de reparación a la víctima, AYORA, Lidia: «Alternativas al internamiento en la jurisdicción de menores» en Cid, José y Larrauri, Elena: *Penas alternativas a la cárcel*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 264.

(21) Como señalé anteriormente es dudoso si este rasgo, la desaprobación, forma parte de la definición de castigo. Tampoco examinaré cuál es la mejor caracterización de la naturaleza de esta desaprobación. Véase, ROSS, Alf: «La finalidad del castigo», *op. cit.*, p. 156.

(22) Ver HAMPTON, Jean: «The Moral Education Theory of Punishment», en *Punishment. A Philosophy & Public Affairs Reader*, edited by Simmons, A. J.-Cohen, M.-Cohen, J. y Beitz, Ch., Princeton University Press, Princeton, 1995.

aunque no se sepa qué acto la provocó, origina los mismos juicios y reacciones que se tienen en presencia de actos moralmente reprehensibles (23).

En efecto, dado que el grupo social participa activamente en la ejecución de la condena, se podría constatar que la reprobación moral que implica ésta se ve claramente intensificada. En los castigos avergonzantes es el propio grupo social, sin intermediarios, el que directamente se encarga de hacer llegar al delincuente su desaprobación moral de una forma más nítida y, especialmente, de una forma dramática y espectacular (24).

El menor coste económico

Otro argumento a favor de las sanciones avergonzantes es que suponen, desde un punto de vista económico, una alternativa muy seductora frente a la cárcel. En efecto, las cárceles son caras por las infraestructuras que requieren, por la cantidad de personal que debe encargarse de la vigilancia de los presos y, además, por las cantidades necesarias para la propia manutención de los presos. En cambio, los castigos avergonzantes suelen implicar una «socialización» de la sanción, puesto que es la comunidad (y no los órganos estatales) la que colabora directamente en su ejecución sin tener que efectuar una acción que implique un coste económico alto. Por ello, ante el precio colosal de las cárceles (sin contar con su ineficacia), los castigos avergonzantes presentan un aval económico digno de tener en consideración.

La menor crueldad

Es frecuente encontrar esta defensa de los castigos avergonzantes en el sentido de que se trata de castigos menos crueles que la cárcel (25). En efecto, no hace falta destacar los diferentes tipos de sufrimientos que se infligen en la cárcel: los físicos producidos

(23) NINO, Carlos: *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, pp. 205-206.

(24) KAHAN, Dan: «What Do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 635.

(25) KAHAN, Dan: «What Do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 646.
WHITMAN, James Q.: «What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?»: *The Yale Law Journal*, vol. 107, January 1998, n. 4, p. 1061.

por la reclusión carcelaria, los psicológicos y estigmatizadores ligados al mismo proceso penal y que perduran más allá del período de reclusión. La cárcel es un foco de sufrimiento físico y psicológico. Frente a este panorama carcelario, no parece que los inconvenientes de los castigos avergonzantes sobrepasen los horrores de la prisión. Por este motivo, es comprensible la respuesta que suelen dar los condenados a la alternativa entre la sanción carcelaria y una pena avergonzante: muestran claramente una preferencia por las segundas frente a la primera (26). En definitiva, si los propios afectados prefieren sufrir una medida avergonzante antes que ir a la cárcel, parece que la razón debe residir en que, considerados todos los aspectos de una medida y de otra, la cárcel debe ser más gravosa, debe infligir un daño superior al que produce una medida avergonzante.

A pesar de la fuerza de estos argumentos, no han faltado réplicas de naturaleza sociológica, política y moral que ponen en cuestión la legitimidad de la propuesta de restablecer los castigos avergonzantes.

Algunas objeciones a las medidas avergonzantes

La falta de sentido comunitario

Una de las críticas más frecuentes a estas medidas es que las sociedades actuales no reproducen las circunstancias que las harían exitosas debido al escaso consenso dentro la comunidad acerca de qué acciones son avergonzantes (27). El significado de la vergüenza en nuestras sociedades tan complejas es, debido al pluralismo de creencias y a la existencia de diversas culturas, indeterminado. Difícilmente se podría ofrecer una descripción del contenido o de los actos que producen vergüenza. De hecho, una de las razones de la desaparición de estas sanciones fue precisamente la pérdida de homogeneidad social y moral en las sociedades industriales que provocaba una desatención en la ejecución de las sanciones públicas. Estas características son todavía más pronunciadas en las sociedades contemporáneas. En una sociedad moderna mayoritariamente

(26) KAHAN, Dan: «What Do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 647.

(27) MASSARO, Toni: «Shame, Culture and American Criminal Law», *op. cit.*, pp. 1917 ss.

urbana, donde el anonimato es un rasgo central, los castigos avergonzantes tienen pocas probabilidades de funcionar bien.

Junto a este dato general de las sociedades contemporáneas, hay que tomar en consideración una constatación criminológica de carácter más particular: una parte de los delincuentes desarrolla su identidad, sus modelos de comportamiento y sus convicciones más fuertes en sintonía o dentro de las llamadas subculturas criminales. Éstas se caracterizan por la homogeneidad y solidez de sus valores y pautas de comportamiento que permiten condicionar notablemente la identidad de sus miembros. Por consiguiente, no es insólito que en muchas de estas subculturas ser detenido o sufrir una condena no sea necesariamente un estigma, un signo de vergüenza o una causa de un fuerte sentimiento de culpa. Es más, una condena puede tener perfectamente el efecto contrario al esperado al ensalzar la autoestima del individuo o su reputación dentro del grupo. En este sentido, los castigos avergonzantes serían completamente inútiles ya que no necesariamente cumplirían sus dos finalidades principales, pues no constituirían una amenaza o un daño que evite la ulterior comisión de delitos, ni tampoco serían adecuados para generar la reevaluación de la conducta por parte del transgresor.

Ahora bien, esta crítica podría ser salvada al menos parcialmente, si se atiende a dos circunstancias. En primer lugar, estas críticas pueden ser también dirigidas a la sanción carcelaria. En segundo lugar y más importante, el uso de estas medidas está restringido a un determinado tipo de supuestos y de condenados. En efecto, estos castigos podrían cumplir sus expectativas si se dirigen a individuos que desarrollan su vida o una cierta actividad en sociedades pequeñas con fuertes interacciones entre sus miembros. Tal es el caso de los jóvenes delincuentes, de los condenados por delitos económicos o ciertos delincuentes sexuales. En estos supuestos parece que se respetan las condiciones de éxito de las medidas avergonzantes. Es en esas circunstancias donde se tienen expectativas de que se afectará la visión que tiene el individuo de sí mismo. En estos supuestos sí parece sensato pensar que se dan las circunstancias que harían exitoso el proceso de avergonzamiento y de hecho algunas estadísticas lo avalan (28).

(28) KAHAN, Dan: «Privatizing Criminal Law: Strategies for Private Norm Enforcement in the Inner City»: *46 Ucla, L. Rev.* 1859, 1999. ALTER, Jonathan y WINGERT, Pat: «The Return of Shame»: *Newsweek*, February 6, 1995.

La falta de proporcionalidad respecto del delito

Es difícil medir los grados de vergüenza generados por el castigo ejecutado por el grupo social. Diversos estudios psicológicos han mostrado que un mismo proceso de avergonzamiento no produce resultados homogéneos en los individuos (29). El daño en el infractor es, en la mayoría de las ocasiones, intangible y difícilmente cuantificable (30). El mismo estímulo puede producir una profunda vergüenza en algunos individuos y ningún daño en otros. Es posible que no afecte negativamente a algunas personas, y por otro lado, puede ser experimentado de forma muy displacentera por otras. En este sentido, los castigos avergonzantes no serían igualitarios ni proporcionales, ya que: 1) un sujeto puede no experimentar vergüenza; 2) ésta puede ser desproporcional entre los sujetos que sufren la misma sanción y 3) es posible que la experiencia negativa que comporta (el mal que se inflige al transgresor) no sea proporcional respecto al daño cometido por el infractor en el delito. ¿Cómo distinguir, entonces, una sanción severa de otra que lo es menos? (31), ¿cómo medir el descenso de la autoevaluación del individuo o el rechazo por parte del grupo social o el grado de embarazo o sonrojo que provocan?

Este tipo de castigos tiene, además, un efecto negativo más gravoso que la cárcel. En la cárcel, la condena es (o tiende a ser) anónima. El castigo responde a una acción del individuo, pero una vez satisfecha la condena, el anonimato de la condena permite (al menos desde un punto de vista del reconocimiento social) que pueda integrarse en la sociedad, pues no va marcado con ningún signo o estigma externo de haber cometido un delito. En cambio, el castigo avergonzante tiene una naturaleza que hace probable la cosificación del delito en la persona del delincuente. Debido a la publicidad, la estigmatización característica de estos castigos tiende a hipostasiar delito y delincuente, pues el carácter grupal y público

(29) Es más, algunos estudios psicológicos muestran que los efectos de la vergüenza, lejos de provocar un sentimiento de contrición en el afectado, provocan, en algunos casos, una reacción de indignación, ya que las experiencias avergonzantes pueden estar ligadas a sensaciones de angustia destructiva y agresión. ANOLLI, Luigi: *La vergogna*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 31.

(30) MASSARO, Toni: «Shame, Culture and American Criminal Law», *op. cit.*, p. 1937.

(31) Ver VON HIRSCH, Andrew: *Censurar y castigar*, Trotta, Barcelona, 1997. Trad. de Elena Larrauri.

del castigo hace difícil que la sociedad distinga una cosa de la otra o que olvide fácilmente esa identificación del transgresor como delincuente.

Por otro lado, y al margen de los efectos dudosamente proporcionales de este tipo de sanciones respecto del infractor, hay que añadir efectos indirectos que dañan a la familia, amigos o compañeros del sujeto sancionado. Este «efecto desbordante» aumenta cuando el delito y la sanción son difundidos públicamente (32). Este aspecto es especialmente relevante si, además, se toma en consideración que los efectos estigmatizantes de los castigos avergonzantes pueden ser irreversibles e incontrolables. Si la sanción avergonzante es aplicada por los propios miembros de la sociedad, entonces es casi imposible controlar el grado de intensidad con el que van a participar durante su aplicación, y más importante aún, es imposible controlar el grado de estigmatización y de degradación que dirigirán al infractor (y a sus familiares, amigos, etc.) (33), incluso cuando el período de castigo haya finalizado. Y por último es necesario considerar seriamente el riesgo de que con estos castigos se afecte al orden público y a la seguridad ciudadana, ya que el avergonzamiento público puede tener consecuencias peligrosas como provocar disturbios u otras acciones multitudinarias incontrolables (34).

Para finalizar este punto, es menester apuntar otro problema que afecta a las emociones (y por ello, también a la vergüenza) y las normas que tratan de regularlas. La cuestión, señala Elster, es que las emociones no están bajo nuestro control inmediato y ello supo-

(32) En estudios sobre los efectos de la publicación de las condenas en medios de prensa sobre las esposas de condenados se muestra que los sentimientos de embarazo y de vergüenza son mayores que en los supuestos de no publicidad. Cit. MASSARO, Toni: «Shame, Culture and American Criminal Law», *op. cit.*, p. 1938

(33) POSNER, Eric: *Law and Social Norms*, *op. cit.*, p. 95.

(34) WHITMAN, James Q.: «What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?», *op. cit.*, p. 1082. Esta eventual consecuencia de la publicidad de cierto tipo de delinquentes ha tenido su reflejo en los acontecimientos recientes tras la publicación en el periódico británico *News of the World* de una lista de 50 pederastas. Algunos de estos delinquentes que estaban cumpliendo parte de la condena en su domicilio o que incluso ya la habían cumplido completamente fueron asaltados y apaleados por los vecinos al reconocerlos como miembros de esa lista. Sin embargo, el caso más dramático fue el de un individuo que después de haber sido atacado por sus vecinos fue reconocido inocente. Los vecinos lo habían confundido con uno de los miembros de la lista. Después de estos sucesos, *News of the World* afirmó que no continuaría con esta campaña de dar publicidad de los pederastas.

ne que las reglas (ya sean sociales o jurídicas) que se dirigen a prescribir qué se debe o no sentir parecen no tener sentido (35). La vergüenza parece ser una de esas emociones que solamente pueden surgir espontáneamente y que fracasan como productos intencionales. Habría, por lo tanto, serías dificultades en provocar vergüenza intencionalmente a través de reglas jurídicas o de actos institucionales como una sentencia. Si esto fuera así, habría una dificultad adicional no tanto en la justificación de este tipo de castigos, sino en la misma posibilidad empírica de producir esta emoción intencionalmente.

La afección al principio de dignidad humana

Aunque existe un acuerdo bastante generalizado en el papel central del principio de dignidad en la conformación de una sociedad bien ordenada (36), la elucidación de su significado presenta dificultades difíciles de solventar. Afirmar, por ejemplo, que los castigos avergonzantes deben ser prohibidos porque no respetan la dignidad (o el respeto, o la estima) de las personas, es de poca ayuda si no se tiene una concepción previa de cuál es el significado de dignidad y de cuál es su valor normativo.

En cualquier caso, sea cual sea el grado de dificultad en la reconstrucción del significado de dignidad, parece claro el importante papel que desempeña en la conformación institucional de una sociedad. Si la dignidad está conectada con el respeto, entonces son válidas las palabras de Rawls para ejemplificar este punto y junto a ella, observar de qué manera los castigos avergonzantes afectan a una propiedad primaria de todo individuo y de toda sociedad:

(35) ELSTER, Jon: *Economics, op. cit.*, p. 126. Este punto me fue sugerido por Ruth Zimmerling.

(36) Como exponente del reconocimiento de este principio en una sociedad justa puede citarse a John Rawls: «... El autorrespeto y una segura confianza en el sentido de la propia consideración constituyen tal vez los más importantes bienes primarios». RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978 [1971]. Trad. de M.^a Dolores González, pp. 208 y 438. Véase también FERNÁNDEZ, Eusebio: «Dignidad y derechos humanos», en Soriano Díaz, Ramón-Alarcón Cabrera y Carlos-Mora Molina, Juan: *Diccionario crítico de derechos humanos I*, Universidad Internacional de Andalucía, 2000, pp. 89-96. Una visión escéptica acerca de la función de este concepto puede verse en HOERSTER, Norbert: «Acercas del significado del principio de dignidad humana», en *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 91 ss.

«... Es claramente racional para los hombres asegurarse el respeto a sí mismos. Es necesario tener un sentido de su propio valor si es que se ha de perseguir una concepción del bien con satisfacción y sintiendo placer en su realización... Ahora bien, el respeto que tenemos por nosotros mismos depende normalmente del respeto por los demás. Si no sentimos que nuestros esfuerzos son respetados por ellos, es difícil, si no imposible, que mantengamos la convicción de que nuestros objetivos merecen ser promovidos... Más aun, se puede asumir que aquellos que se respetan a sí mismos respetarán probablemente a los demás y a la inversa. El desprecio por uno mismo conduce al desprecio de los demás.» (37).

En lo que sigue, trataré de circunscribir mi interés a un punto de la cuestión: ¿constituyen los castigos avergonzantes una afrenta a la dignidad humana? Para ello, adoptaré un concepto que permita de manera razonable decir que, si se acepta esa noción de «dignidad», entonces los castigos avergonzantes serían injustificables moral y constitucionalmente (art. 10 de la Constitución Española). Y si esto es así, los castigos avergonzantes, a pesar de su supuesta eficacia, de su menor coste económico, o de que sean moralizantes, parece que no deberían ser restablecidos.

Dworkin distingue entre dos teorías de la dignidad, una basada en experiencias y otra basada en intereses críticos (38), y que según sea el caso pueden entrar en contradicción. Según la primera, algunos actos podrían considerarse indignos en la medida en que son contrarios a nuestros intereses de experiencia, esto es, cuando esos actos causan en la víctima un determinado sufrimiento físico o mental. En virtud de esta concepción, la calificación de un acto como indigno dependería básicamente de la percepción subjetiva del propio individuo que lo padece. Si se adopta esta concepción de la dignidad, entonces se debería concluir que, a la luz de las elecciones que llevan a cabo los condenados, las medidas avergonzantes no serían indignas (o al menos más indignas que la cárcel) ya que son preferidas por aquellos. Este es el punto de vista de Kahan (39).

El problema de esta concepción es que lleva a un resultado difícil de aceptar: ciertas personas (enfermos terminales, incapacita-

(37) RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, *op. cit.* p. 208

(38) DWORKIN, Ronald: *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1996. Traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, pp. 306 ss.

(39) KAHAN, Dan: «What Do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*

dos o dementes) pueden no tener conciencia del daño (físico o mental) que sufren, porque han perdido la capacidad de reconocer o de percibir la indignidad de ciertos actos (40). La concepción de la dignidad basada en experiencias es deficiente porque no ofrece una explicación coherente a nuestras intuiciones y prácticas de que incluso las personas que no perciben un daño conservan la dignidad y, por ello, retienen el derecho a obtener un respeto de los demás. Salvando las distancias con los ejemplos que pone Dworkin, podría decirse que algunos condenados pueden haber perdido también una cierta capacidad de reconocer la indignidad de los castigos avergonzantes (41).

Por ello, Dworkin sostiene la validez de una teoría de la dignidad basada en los intereses críticos, «relativos al carácter y al valor de nuestras vidas consideradas como un todo» (42). En esta versión de la dignidad, hay una íntima vinculación entre una cierta concepción del valor intrínseco de la vida humana y los intereses críticos en el sentido de que el valor de la vida humana es independiente de las experiencias de la persona como también de la percepción de las mismas. Esta noción de dignidad está íntimamente relacionada con la idea de un agente moral merecedor de ser respetado. Ésta es una propiedad poseída igualmente por todos los seres humanos (43).

La afección al valor de la dignidad humana no depende así de la percepción del daño que tiene la víctima. Por esta misma razón, esta noción de dignidad implica que el cuidado o protección de la propia dignidad no sólo compromete al mismo individuo sino a la comunidad. La dignidad es más bien un valor protegible públicamente. Un individuo que con acciones propias afecte su dignidad rechaza un sentido de la vida humana que va más allá de su auto-

(40) DWORKIN, Ronald: *El dominio de la vida*, op. cit., p. 307.

(41) Un caso interesante en el que la solución variaba según la teoría de la dignidad que se adoptara, fue el que resolvió el *Conseil d'État* francés cuando se revocaron las sentencias de los tribunales administrativos de Versalles y Marsella referidas a la práctica de «lanzamiento de enanos». Esta consistía en un juego en el que los enanos eran lanzados por otras personas (con su consentimiento y siendo retribuidos) y ganaba aquel individuo que los lanzaba más lejos. El *Conseil* decidió que era una afrenta a la dignidad humana. FELDMAN, David: «Human Dignity as a Legal Value»: *Public Law*, winter 1999, p. 701.

(42) DWORKIN, Ronald: *El dominio de la vida*, op. cit., p. 308.

(43) Ver RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, op. cit., pp. 208 y 438. MARGALIT, Avishai: *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997. Trad. de Carme Castells, p. 61.

determinación o autonomía. En esta misma línea, esta versión da una precisa explicación de por qué, desde nuestras intuiciones básicas compartidas, la indignidad que no se percibe es peor que la percibida.

Pero ¿son los castigos avergonzantes una afrenta a la dignidad humana en este segundo sentido? Voy a sostener que sí porque degradan al condenado (44). El avergonzamiento es una forma típica de estigmatización. Las víctimas de un estigma aparecen en su entorno como portadores de una etiqueta que los trata como seres degradados. Y la idea de degradación choca frontalmente con la noción de que las personas deben ser tratadas con igual consideración y respeto, ya que eso es un elemento necesario de una vida humana digna (45).

En las medidas avergonzantes, la relación con la degradación es conceptual en el sentido de que, por definición, la vergüenza está ligada con la degradación, la subordinación o el escarnio del individuo avergonzado. La provocación de la vergüenza constituye un daño, pues supone tratar a una persona como inferior, rebajada o excluida respecto del grupo al que pertenece (46).

Con el establecimiento de estas medidas el Estado coloca al individuo en una situación que en circunstancias comunes (en esa sociedad) provocaría vergüenza a un ciudadano *normal* (47). Cuando el avergonzamiento es ejecutado por la sociedad a instancia del Estado, cuando éste se desarrolla de acuerdo a un ritual que comienza con la sentencia judicial y continúa con un proceso social en el que interviene el grupo cercano a la víctima su resultado es una afección a la dignidad, al margen de su incidencia en otros bienes, como la estima o la reputación. Con el establecimiento de un castigo avergonzante el Estado impone un resultado degradante

(44) En la Constitución española el artículo 15 establece: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos y degradantes».

(45) Ver MARGALIT, Avishai: *La sociedad decente*, op. cit.

(46) ANOLLI, Luigi: *La vergogna*, op. cit, p. Ver también VON HIRSCH, Andrew: *Censurar y castigar*, op. cit., p. 133.

(47) Con esto quiero decir que puede haber casos en los que el individuo condenado que sufre este tipo de procesos no sienta el resultado esperado. Pero es un caso similar al del reo que al ser encarcelado no ve en ello una afección a sus intereses. Lo que define al castigo es la afección a un bien que en circunstancias normales es considerado valioso por la sociedad, con independencia de que haya excepciones, esto es, individuos a los que, por ejemplo, estar en prisión no les parece un daño sino un beneficio o un placer.

para el condenado. Y cuando esto sucede el bien que se afecta no es uno de segunda categoría, sino un bien básico del individuo y de una sociedad bien ordenada.

Esto distingue conceptualmente a los castigos avergonzantes de otro tipo de penas como la cárcel. No es que en circunstancias particulares la cárcel no constituya un trato vejatorio y degradante, sino que en la sanción carcelaria la conexión con la degradación no es conceptual sino contingente. Esto exige distinguir entre la cárcel como institución y la situación concreta y determinada de la cárcel en una sociedad. Desde este último punto de vista, se puede aceptar que la cárcel es en muchas sociedades estigmatizante y degradante para los reos (48). Es sabido que las condiciones de vida y el tratamiento que en ocasiones sufren los presos dentro de los muros carcelarios son tan duros y penosos que distan mucho de estar en los parámetros que exige el respeto a la dignidad humana. Esta situación puede estar originada en las exiguas dotaciones presupuestarias que tienen las instituciones carcelarias, en la cultura que tienen los funcionarios de instituciones penitenciarias respecto del trato con los reos o en otras diversas circunstancias. Pero parece que en el diseño de la sanción carcelaria el resultado buscado es la privación de la libertad y no la degradación del reo (49). Tal no es el caso de las sanciones avergonzantes.

Los comportamientos avergonzantes que pueden tener algunos individuos o una sociedad con relación a un individuo o clase de individuos (por ej.: debido a su etnia, raza, religión o a cualquier rasgo físico) convierten a esa colectividad en una sociedad incivilizada. Pero cuando la vergüenza es practicada institucionalmente nos encontramos en un escenario moralmente distinto porque atañe a la organización social en su conjunto. Por esta razón, Margalit califica de indecente a una sociedad que institucionalmente degrada a sus individuos (50). Tal sería el caso de una sociedad que estableciera las sanciones avergonzantes.

(48) Prueba de ello es que los antecedentes penales suelen ser secretos porque precisamente el conocimiento de estos hechos son estigmatizantes para los individuos.

(49) Ver también POSNER, Eric: *Law and Social Norms*, op. cit., p. 96: «Aunque la cárcel pueda producir un estigma similar, este no es su único propósito... Es mejor pensar que la estigmatización que produce la cárcel es un efecto colateral e inevitable...». No obstante discrepo de la primera parte del texto citado porque parece aceptar que la estigmatización es un propósito de la sanción carcelaria.

(50) MARGALIT, Avishai: *La sociedad decente*, op. cit., p. 15.

En este trabajo he expuesto cuáles son los principales argumentos a favor del establecimiento de las medidas avergonzantes. He incidido en lo que considero son sus tesis principales. En comparación con la cárcel, se aducía que las medidas avergonzantes serían un medio más eficaz de expresión de la desaprobación moral de la sociedad, serían más económicas y desde el punto de vista de los propios condenados también serían menos gravosas. Los dos primeros argumentos constituyen un serio desafío. Sin embargo, desde un punto de vista moral (y constitucional) su fuerza está subordinada a que los castigos avergonzantes superen el test del respeto a la dignidad humana. He tratado de mostrar que estas medidas no superan esa prueba y que, por lo tanto, su alcance justificatorio amparado en su mayor carácter expresivo y su eficiencia económica, decae al afectar directamente a un principio fundamental de una sociedad que pretenda guardar igual respeto a todos sus miembros.