

PENAS DEGRADANTES [SHAMEFULL SENTENCES] (1)

Elena Larrauri

Profesora Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

I. INTRODUCCIÓN.

En Estados Unidos se han desarrollado unas nuevas penas denominadas shamefull sentences. La discusión que estas novedosas penas ha suscitado muestra las dificultades de las doctrinas de justificación (2) para declarar este tipo de penas ilegítimas. Creo que ello obedece al frecuente recurso que se realiza a 'la prevención general' para justificar 'la pena'. Esta forma de argumentar confunde los fines que persigue la pena con la justificación de la pena (3).

Además muestra que las doctrinas de justificación del castigo han prestado una insuficiente atención al tipo de penas que son admisibles. Así, no es extraño leer una exposición de los fines que justifican 'el' castigo, sin detenerse a precisar si todo tipo de castigos sería admisible. Evidentemente este descuido no implica que los autores que se han ocupado del tema acepten cualquier castigo (como por ejemplo las penas corporales o la pena de muerte). Para excluir estos han elaborado principios, provenientes o bien de las teorías de la justicia o bien de la propia doctrina utilitarista. La cuestión que sugiero es, a partir de estos principios, discutir si la pena de prisión está justificada.

II. DE LAS 'ALTERNATIVAS A LA PRISION' A LAS 'SANCIONES INTERMEDIAS'

La preocupación por encontrar penas alternativas a la prisión ha transcurrido por diversas etapas, las cuales han conocido distintas penas alternativas y distintas fundamentaciones.

En la década de los sesenta, si mi apreciación es acertada, las penas alternativas a la prisión se fundamentaban extensamente en la incapacidad de la cárcel para conseguir la resocialización. Ello conllevó en Estados Unidos una amalgama de castigos en medio abierto o community sentences que pretendían especialmente evitar la institucionalización de la persona en un centro cerrado.

La problemática de esta primera fase fue puesta de manifiesto por Austin-Krisberg (1981) y popularizada por Cohen (1985): la orientación hacia la resocialización de las penas alternativas comportó, por un lado, que las nuevas penas alternativas fueran dotadas de una multitud de programas y condiciones que la persona debía cumplir en aras de conseguir el objetivo resocializador. Ello conllevó la crítica de que estas nuevas penas eran 'disciplinarias', pues regulaban múltiples aspectos de la vida del condenado que no guardaban relación directa con el delito. Esta plétora de requisitos producía además que su cumplimiento resultara más dificultoso, por lo que, en ocasiones, la entrada en prisión se producía por el incumplimiento de las condiciones de la pena alternativa. Finalmente, debido a que se descuidó el objetivo de reducir el número de condenas a pena de prisión, su capacidad de disminuir el número de población reclusa quedó en entredicho ya que los jueces tendían a aplicar una nueva pena alternativa, con más requisitos, en sustitución de una pena no privativa de libertad ya existente, pero no en sustitución de una pena de prisión, por lo que esencialmente el número de gente condenada a prisión permanecía inalterado (4).

La segunda fase diferenciada se produce en la década de los ochenta. En esta ocasión el impulso del movimiento descarcerador se ve influido por las teorías de just deserts, dominantes en aquella época en Estados Unidos. Este modelo da como origen unas penas alternativas quizá no muy distintas (5), pero sí proporciona una distinta fundamentación.

En primer lugar cambia la denominación y se empieza a hablar de intermediate sanctions entre la prisión y la probation. El cambio de denominación responde por un lado al ambiente punitivo de la década de los ochenta, lo cual lleva a argüir que si se quiere que el público acepte penas distintas de la prisión se debe destacar más su carácter de 'pena' que de 'alternativa'. Pero esta nueva denominación también es defendida por Morris-Tonry (1990:4) quienes advierten que seguir hablando de penas alternativas implica considerar que la prisión es la respuesta adecuada a todos los delitos. Se trata, por el contrario, de defender que determinados delitos no merecen una pena tan severa como la prisión y por consiguiente el legislador no debe prever la pena de prisión (y luego buscar una

'alternativa'), sino una sanción intermedia adecuada a la gravedad del delito (Wasik-von Hirsch, 1988).

La valoración de esta nueva fase no ha sido objeto aun de sistematización, pero creo que puede entreverse una cierta continuidad con la problemática detectada originariamente. A pesar del uso de estas nuevas sanciones intermedias no se ha conseguido el objetivo de disminuir el número de condenas a prisión –de hecho el aumento de la población reclusa en la década de los ochenta es dramático- y persiste el problema detectado de la plétora de requisitos cuyo incumplimiento lleva a la gente a la cárcel (6).

Con ello se inicia lo que creo puede verse como una tercera fase, de nuevas penas alternativas, nuevas fundamentaciones y nuevos problemas.

III. LAS PENAS DESHONROSAS (SHAMEFULL SENTENCES)

El catálogo de las shaming penalties o shamefull sentences se compone de alguna de las siguientes posibilidades (Kahan, 1996:631-634):

Publicidad estigmatizadora: el contenido de la condena te obliga a aparecer en un programa de televisión confesando tu delito (acostumbra a estar reservado para los casos de delincuencia sexual).

Acarrear un estigma: la pena consiste en portar un brazalete o en fijar un adhesivo al coche (se reserva normalmente para los supuestos de conducción de vehículos bajo la influencia de bebidas alcohólicas) o clavar un letrero en la puerta de tu casa explicitando la condena (en casos de delincuencia sexual).

Exposición pública: la persona debe llevar algún tipo de objeto, como una pancarta o una camisa, en la que se refleja la condena de que ha sido objeto, durante un tiempo en un lugar indicado por el juez (acostumbra a reservarse para delitos contra la propiedad y el lugar de exposición es el sitio donde se produjo).

Disculpas públicas: se trata de que la persona presente disculpas públicas ya sea por televisión, en un periódico, o incluso utilizando un megáfono (delitos de violencia doméstica).

Las más populares son los adhesivos que alertan de la condena a un conductor ebrio (DUI), las pancartas (hombres-sandwich) que deben portarse delante del sitio en que se ha realizado el delito y las disculpas públicas ante una audiencia (Harvard Note, 1998:1949).

No hay cifras para saber si es un fenómeno muy extendido aun cuando sí han suscitado una atención de los medios de comunicación y académica considerable.

III.1. (Posibles) razones que explican su surgimiento

El porqué se han empezado a aplicar en la década de los noventa estas penas deshonrosas puede ser debido a la masificación existente en las cárceles norteamericanas. Sin embargo, esta referencia no sirve para entender por qué las penas no privativas de libertad adoptan precisamente esta forma. Las razones quizá obedecen al deseo de contentar al público norteamericano quien exige constantemente el que se haga algo respecto el delito (Harvard Note, 1998:1972) (7) y ello explicaría por qué las nuevas medidas que se adoptan deben estar caracterizadas por un alto grado de visibilidad.

Si bien los motivos que han llevado a diversos jueces a aplicar estas condenas son inciertos, creo puede encontrarse un vínculo entre este tipo de penas y el reciente énfasis en la función expresiva de la pena y, paradójicamente, en las distintas teorías que pretenden que esta haga 'algo más' que castigar (avergüence para reintegrar o confronte para arrepentir y reformar).

III.2. Su justificación de acuerdo a la prevención general

Los estudios realizados en Estados Unidos concluyen que estas penas están justificadas de acuerdo a los fines tradicionalmente esgrimidos para justificar el castigo (Massaro, 1991; Kahan, 1996; Harvard Note, 1998). En concreto se afirma que el fin de la prevención general puede ser alcanzado, por los efectos indeseables asociados a este tipo de penas capaces de intimidar a los potenciales delincuentes y en general a toda la población.

Los argumentos esgrimidos en contra de la eficacia de estas penas apuntan a que las condiciones sociales para que estas puedan avergonzar no se dan en unas sociedades caracterizadas por la anonimidad de las relaciones sociales (Massaro, 1991:1916; 1921-24).

El argumento de falta de eficacia preventiva no es sin embargo concluyente. En opinión de Kahan (1996:642) la persona sí tiene vínculos relevantes con grupos frente a los cuales no quiere verse expuesta. Por consiguiente, la posibilidad de ser expuesto frente a tu empresa, o Universidad tiene indudablemente efectos preventivos. Además de que estas penas son eficaces para grupos de delincuentes que sí temen perder su reputación (Harvard Note, 1998:1964-1966), la prevención general nunca ha sido descartada por el hecho de que no intimide a los delincuentes, sino que su eficacia se mide por los efectos que un determinado tipo de penas pueda tener sobre la población en general, por lo que es ilógico, arguye Kahan (1996:643-644), descartarlas con el argumento de que carecen de eficacia preventiva para el delincuente que no pertenece a ninguna comunidad frente a la cual pueda sentirse avergonzado.

Debido al tipo de delitos a los que se está aplicando, delitos no violentos, abusos sexuales, conducción de automóviles bajo influencia de bebidas alcohólicas, o pequeños delitos contra la propiedad, parece plausible aventurar que se está imponiendo a personas que pertenecen a grupos sociales frente a los cuales pueden sentirse avergonzados. En consecuencia, el argumento de la modernidad –la falta de eficacia de este tipo de penas en nuestras sociedades- es menos convincente de lo que aparenta, ya que no se puede descartar ni sus efectos preventivos sobre grupos de delincuentes determinados, ni sobre la población en general. De hecho, como advierte Whitman (1998:1063-1068), los jueces las imponen precisamente porque piensan que pueden ser efectivas

Una posible alternativa, utilizada en Estados Unidos para declarar las shamefull sentences ilegítimas, ha sido alegar que, si bien estas penas cumplen los fines que las justifican, infringen algún precepto constitucional.

III.3. Su constitucionalidad

En general han existido tres tipos de argumentaciones para declarar estas condenas inconstitucionales. Unas se han basado en la vulneración de algún derecho fundamental; otras han argüido que no están razonablemente unidas al sentido de la pena; y finalmente se ha intentado argumentar que constituyen un castigo cruel y extraordinario.

Expondré sólo la problemática de esta última argumentación. Como es conocido la Enmienda VIII prohíbe los cruel and unusual punishment. En opinión de Brilliant, (1989:1382) el alcance de la octava enmienda es la protección de la dignidad de la persona, evitando castigos crueles (inhumanos) y extraordinarios (excesivos).

Planteado en estos términos el debate, se podría afirmar, con Whitman (1998:1069), que estas penas son crueles porque privan de un bien, la dignidad, que a diferencia de la prisión (privación de libertad), o de las multas (privación de propiedad), no debiera ser afectado por el castigo. Un problema con el que tropieza su declaración de penas crueles por vulnerar la dignidad de la persona es, como advierte el propio Whitman (1998:1069, nota 65), definir que se entiende por dignidad (8). El segundo problema es: debido a que se asume que toda pena comporta una afectación a la dignidad surge el problema de determinar no si son 'cruels, inhumanas o degradantes', sino si son más crueles o degradantes que otras penas admitidas. Este escollo ha sido al parecer insuperable:

"Los Tribunales sencillamente han adoptado el razonamiento de que las penas deshonorosas no son crueles ni inhumanas si la alternativa es la prisión". (Harvard Note, 1998:1953). (9).

REFLEXIONES INACABADAS

Como observa Whitman (1998:1057) estas penas son chocantes, nos provocan desagrado, pero cuesta más razonar que doctrina o norma infringen. Si bien no se debe exagerar el impacto de estas penas deshonrosas, me parece interesante discutir algunos problemas que entrecruzan:

La 'prevención general' no puede ser la justificación de la pena, sino que es un fin cuya consecución está limitado por otros principios como el de necesidad '(...) en el sentido de que no hay otra forma menos perjudicial para evitar esos males [sociales]' (Nino, 1980:428). Aludir a la prevención general para justificar la pena conlleva, creo, una confusión entre prevenciónismo y utilitarismo.

Las doctrinas de justificación de la pena han prestado insuficiente atención al tipo de pena. Se ha entendido que justificar el derecho penal o 'la pena' es sinónimo de justificar la pena de prisión. Justificar la pena de prisión comporta demostrar que esta pena respeta los principios de efectividad y necesidad.

Sustraer a la pena de prisión de una justificación específica, de acuerdo a las doctrinas de justificación del castigo y a la Constitución, implica admitir que ella puede ser el parámetro comparativo de otras penas.

La humanidad de las penas se ha tendido a evaluar en función de su severidad. Sin embargo, también son penas inhumanas aquellas que lesionan la dignidad, pues una pena puede ser inhumana por severa o por degradante. La discusión debiera intentar definir que penas, incluyendo también la prisión, son ilegítimas por ser penas inhumanas.

BIBLIOGRAFIA

- AUSTIN, J.-KRISBERG, B. (1981) "Wider, Stronger, and Different Nets: The Dialectics of criminal justice reform" in *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 18/Jan:165-196.
- BECKETT, K. (1997) *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*. New York, Oxford University Press.
- BOTTOMS, A. (1983) "Neglected features of contemporary penal systems" in Garland-Young (eds) *The Power to Punish*, Edinburgh, Edinburgh University Press.
- BRILLIANT, J.A. (1989) "The Modern Day Scarlet Letter: A Critical Analysis of Modern Probation Conditions" in *Duke Law Journal*: 1357-1385.
- CID, J. (1999) "Prevención de delitos y utilitarismo" in *Jueces para la Democracia*, nº 35.
- CID, J.-LARRAURI, E. (eds) (1997) *Penas Alternativas a la Prisión*. Barcelona, Bosch.
- COHEN, S. (1985) *Visions of Social Control*. Cambridge, Polity Press.
- DOWNES, D. (1988) *Contrasts in Tolerance*, Oxford, Clarendon Press.
- HARVARD NOTE (1998) "Developments in the Law –Alternatives to Incarceration" in *Harvard Law Review*, Vol.111, n.7.
- KAHAN, D.M. (1996) "What do Alternative Sanctions Mean?" in *The University of Chicago Law Review*, vol.63, n.2.
- KUHN, A. (1996) "Incarceration Rates: Europe versus USA" in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4/3: 46-73.
- MASSARO, T.M. (1991) "Shame, Culture, and American Criminal Law" in *Michigan Law Review*, vol.89, n.7.
- MORRIS, N.-TONRY, M. (1990) *Between Prison and Probation*. New York, Oxford University Press.
- NINO, C. (1980) *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona, Ariel, 1994.
- WALDRON, J. (1994) "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues" in *82 California Law Review* 509-540.
- WASIK, M.-VON HIRSCH, A. (1988) "Non Custodial Penalties and the Principles of Desert" in *Criminal Law Review*:555-572.
- WHITMAN, J.Q. (1998) "What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?" in *The Yale Law Journal*. Vol. 107, n.4.

NOTAS:

- (1) Versión abreviada redactada para el 60 aniversario del profesor Winfried Hassemer. Publicado en alemán en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Sonderheft. Baden-Baden, 2000.
- (2) A lo largo de todo el texto me centraré exclusivamente en la doctrina de 'la prevención general'. La problemática es sin embargo la misma para la doctrina de 'la retribución'.
- (3) La idea de que la 'prevención general' no justifica la pena, esto es, no es una doctrina de justificación sino un principio es de José Cid (1999), quien generosamente me la presta.
- (4) La realidad siempre es más compleja de lo que expresa una reconstrucción apresurada de la misma. Las experiencias que contradicen este análisis pueden verse en Downes (1988) y Kuhn (1996) y las matizaciones a esta argumentación pueden leerse en Bottoms (1983). En castellano Cid-Larrauri (1997).
- (5) Podría decirse que la medida alternativa más representativa del primer modelo es la probation, en tanto la multa lo es de esta segunda época.
- (6) Debido a que los medios para detectar infracciones se han sofisticado con las nuevas tecnologías, se descubren aún más infracciones.
- (7) Lo cual a su vez lleva a buscar las razones de este punitive populism. El mejor análisis lo he leído en Beckett (1997).
- (8) ¿Porqué no se considera indigna una ley que requiera la publicidad de la condena por ejemplo?
- (9) Véase al respecto las sentencias recogidas por Whitman (1998:1057, nota 15) y Kahan (1996:646, nota 226), quien además coincide: "Por crueles que puedan ser las penas deshonorosas la pena de prisión es mucho peor" (Kahan, 1996: 646).