

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA RELACION ENTRE REPROCHE PENAL Y PENA: EL CASO DEL “*SHAMING PUNISHMENT*” EN LA PRACTICA PUNITIVA NORTEAMERICANA*

Javier Contesse Singh**

“But the point which drew all eyes, and, as it were, transfigured the wearer, (...) was that Scarlet Letter, so fantastically embroidered and illuminated upon her bosom. It had the effect of a spell, taking her out of the ordinary relations with humanity, and inclosing her in a sphere by herself.”

N. Hawthorne, *The Scarlet Letter*.

Introducción; 1. El fenómeno del “shaming punishment”; 2. “Shame”: formas de avergonzar y estructura de la emoción; a) Tipos de penas deshonrosas; b) El problema del “appeal to emotions; c) Vergüenza y culpa; 3. Derecho penal de la culpabilidad y reproche penal; 4) La discusión norteamericana; a) Dan Kaban y la función expresiva de la pena; b) Dan Markel y la concepción confrontacional de la retribución; 5. Interpelación normativa e irrogación del mal

INTRODUCCION

La discusión sobre la teoría de la pena está marcada por una relación paradójica. La pena, como afectación particularmente intensa de derechos fundamentales, se encuentra en una relación –podríamos decir- inversamente proporcional con la condena como manifestación institucional legitimada con cargo al reproche de culpabilidad. Mientras mayor es la pretensión de la pena de guardar una conexión interna de sentido con la condena que la legitima, menor parece ser la posibilidad de su justificación como un medio efectivo. De modo inverso, una mayor efectividad en términos instrumentales implica una menor posibilidad de vinculación interna con la dimensión comunicativa contenida en el acto interrelativo de la condena. Por regla general, la pena privativa de libertad constituye el medio paradigmático de protección de los intereses jurídico-penalmente relevantes contenidos en las normas de comportamiento, pero la posibilidad de vincular su facticidad a la expresión de reproche de la condena en el

* Una versión inicial del presente trabajo fue desarrollada en el marco del curso “Derecho Público Punitivo Comparado” dictado por el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, durante el segundo semestre de 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco al profesor Bascuñán su disponibilidad para la aclaración de ciertas dudas e interrogantes. Por cierto, ningún error o incoherencia del trabajo le es imputable a su persona.

** Estudiante de Derecho, Universidad de Chile.

¹ Hawthorne, N., *The Scarlet Letter*, (Barnes & Nobles: New York, 2004) pág. 46.

plano simbólico es incierta.² En este sentido, la relación entre ambos momentos - condena y pena- sería externa y, por lo tanto, una justificación no instrumental de la violencia penal parecería poco plausible.

Sostengo la tesis de que este fenómeno obedece a la diferencia cualitativa existente entre la sanción primaria y la sanción secundaria, es decir, entre la condena y la pena. Ambos momentos son constitutivos de la reacción penal frente al delito y se encuentran en una relación unilateral de legitimidad. En un derecho penal de la culpabilidad, la imposición de la pena sólo puede justificarse de manera retrospectiva en virtud del reproche institucionalizado que supone la condena basado en el juicio de culpabilidad. Sin embargo, las circunstancias en que se desarrollan ambos momentos son radicalmente distintas: la condena supone la materialización de una oferta (incondicionada) de comunicación entre el sujeto y el Estado contenida en el reproche de culpabilidad en un contexto de interacción orientada al entendimiento. La pena, por el contrario, es primariamente coacción. De este modo, resulta relevante la pregunta por las consecuencias que se derivan de esta constatación para la legitimidad no (sólo) del *si* y el *cuánto*³, sino que (también) del *cómo* de la pena; en qué medida el tipo de relación de vinculación que deba existir entre la condena y la pena tiene implicancias para la legitimación del tipo de pena a aplicar.

Esta problemática será abordada en el contexto de la discusión norteamericana sobre el llamado “*shaming punishment*”⁴ como una alternativa a la pena privativa de libertad. La razón del estudio de este tipo de pena radica fundamentalmente en la particularidad simbólica que contiene. La tesis central de las siguientes secciones consiste en que gran parte de las dificultades de la doctrina

² Últimamente esta tarea ha sido emprendida por Günther Jakobs en su monografía titulada *La Pena Estatal: Significado y Finalidad* (Civitas: Madrid, 2006). En ese trabajo Jakobs abandona, en parte, la consideración totalmente simbólica de la pena, como restablecimiento de la vigencia de la norma en un sentido de validez institucional, para centrarse en la necesidad de cimentación cognitiva de la norma como finalidad de la pena. En relación a las distintas etapas de evolución de la teoría de la pena de Jakobs véase Cancio Meliá, M., y Feijoo Sánchez, B., “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar” en *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, pags. 15-81.

³ La pregunta por el *si* y por el *cuánto* de la pena está referida a la distinción entre la culpabilidad de fundamentación, que determina los presupuestos de legitimación de la punibilidad, y la culpabilidad de determinación, que establece los presupuestos de legitimación de la penalidad. La tesis aquí seguida es que la culpabilidad de fundamentación tiene como nivel de referencia a las reglas de imputación (correspondientes tanto al primer nivel como al segundo nivel de imputación), mientras que la culpabilidad de determinación incluye la referencia a la norma de comportamiento en su valor abstracto.

⁴ La traducción de la expresión “*shaming punishment*” produce ciertas dificultades. Literalmente, se traduciría como “penas avergonzantes” pero la expresión induce a confusión dado que el término “avergonzante” tiene una connotación negativa referida a la naturaleza del objeto que califica. También ha sido traducida como “penas degradantes” pero esta formulación es equívoca porque prejuzga sobre la calificación moral de la pena. De este modo, se utilizará, en lo que sigue, derechamente la formulación anglosajona.

para abordar el tratamiento de la legitimidad de este tipo de penas radica precisamente en la falta de consideración de la compleja relación existente entre la sanción primaria y la sanción secundaria.

1. El fenómeno del “*shaming punishment*”

En 1997, una corte del estado de Illinois en Estados Unidos obligó a un hombre de sesenta y dos años, acusado de golpear a un sujeto que entró a su granja con la intención devolverle ciertos repuestos de automóvil, entre otras condiciones, a instalar en cada entrada de su propiedad un cartel donde se leyera lo siguiente: “*Cuidado! Aquí vive un criminal violento. Entre a su propio riesgo.*”,⁵ como una forma de concretar el régimen de *probation* al que se le había sometido. El mismo año, un juez de California ordenó a un hombre condenado por robo, entre otras cosas, a usar una prenda con una afirmación del mismo tipo estampada en parte delantera de ésta.⁶ En Florida, por su parte, las personas culpables de conducir en estado de ebriedad han sido condenadas a pegar en sus automóviles autoadhesivos que señalen que son conductores sentenciados por manejar bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Sanciones como éstas son cada vez más frecuentes en la práctica punitiva norteamericana.⁷ Desde mediados de la década de los setenta, los jueces norteamericanos las han incorporado de manera progresiva, hasta el punto en que actualmente se habla en la doctrina norteamericana del “*shame revival*”⁸. Sin embargo, -y justamente como lo adelanta la idea de “*revival*”- el fenómeno de la utilización como forma de reacción punitiva de sanciones cuyo principal objetivo sea avergonzar a quien ha cometido un delito no es nuevo. Hace dos siglos atrás, el sistema penal norteamericano contemplaba el “*shaming punishment*” como la principal forma de sanción punitiva estatal, y fue sólo a partir de comienzos del siglo XIX, con el advenimiento de la privación de libertad (ambulatoria) como

⁵ Book, A., “Shame on you: An analysis of modern shame punishment as an alternative to incarceration”, *William and Mary Law Review*, (Versión Westlaw: 1998)

⁶ Nussbaum, M., *Hiding From Humanity. Disgust, Shame and the Law*, (Princeton University Press: Princeton, 2004) pág 1.

⁷ Aquí usamos la palabra “sanciones” en un sentido amplio, no como “pena”, ya que muchas veces se trata de condiciones impuestas generalmente en el contexto del *probation*, donde, según lo ha entendido la jurisprudencia norteamericana, no se trata de la imposición de una pena en sentido estricto (*punishment*) sino que de una medida alternativa con un fin exclusivamente rehabilitador. Esto no impide que la discusión pueda ser planteada en términos de “penas”, desde el momento en que de todos modos estas sanciones en muchos casos son utilizadas como penas. Al respecto, Book, A., “Shame on you: An analysis of modern shame punishment as an alternative to incarceration”.

⁸ Massaro, T., “Shame, Culture, and American Criminal Law”, *Michigan Law Review* (Versión Westlaw: 1991) pág. 4.

paradigma de reacción punitiva y de las instituciones carcelarias públicas como concreción de ese paradigma, que este tipo de penas comenzó a desaparecer.⁹

Con todo, la reaparición de esta clase de sanciones obedece actualmente a razones particulares. En efecto, es en el contexto de la crisis de la pena privativa de libertad como forma de reacción punitiva (in)eficiente y de la consecuente discusión en relación a las llamadas “penas alternativas”, donde este resurgimiento adquiere su principal razón de ser.¹⁰ De este modo, en el análisis de la legitimidad del “*shaming punishment*” no puede obviarse el problema de la alternatividad a la privación de libertad, como examen de idoneidad y de eventual necesidad del medio punitivo, aunque tampoco puede pretenderse considerarlo como el problema central de legitimidad en tanto siempre es posible reconducir ese problema a un examen previo de legitimidad del medio considerado de manera autónoma, es decir, independientemente de los fines para cuya consecución se ha establecido.¹¹ Esa consideración de proporcionalidad, sin embargo, no será examinada. La pregunta por la justificación de este tipo de penas se abordará desde un punto de vista más limitado que tiene como nivel de referencia la relación entre condena y pena vinculada con las exigencias derivadas de la culpabilidad. Esto implica transitar entre consideraciones de teoría de los fines de la pena y consideraciones de justicia política,¹² en tanto ambos tipos de cuestiones

⁹ Whitman, J., “What is wrong with inflicting shame sanctions?”, *Yale Law Journal* (Versión Westlaw: 1998).

¹⁰ Kahan, D., “What do alternative sanctions mean?”, *University of Chicago Law Review* (Versión Westlaw: 1996).

¹¹ Esta estructura de análisis corresponde a los que en la dogmática penal y constitucional alemana se conoce como principio de proporcionalidad. La aplicación de un examen de proporcionalidad a la pena, en razón de su condición de acto estatal que conlleva una afectación particularmente intensa de derechos fundamentales, incorpora dos *tests* que, sin embargo, son previos a la genuina constatación de proporcionalidad, toda vez que no están basados en consideraciones de racionalidad prospectiva sino que se vinculan fundamentalmente con consideraciones deontológicas. Estos son: la legitimidad del fin y la legitimidad del medio. La configuración de esta estructura supone que si el acto estatal es considerado ilegítimo en relación a uno de estos dos *tests*, entonces no tiene sentido la aplicación del principio de proporcionalidad (en sus dimensiones prospectiva y retrospectiva). Existe así una relación de ordenación consecutiva entre los diferentes *tests*: (i) legitimidad del fin; (ii) legitimidad del medio; (iii) idoneidad; (iii) necesidad; (iv) proporcionalidad *stricto sensu*. Sólo el acto estatal atentatorio de derechos fundamentales que pase estos cinco *tests* –ciertamente en el orden señalado– puede ser considerado legítimo. Para un análisis detallado, véase Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002) Cap. III.

El examen de la justificación del “*shaming punishment*” no será abordado, por el momento, bajo la aplicación estricta de este esquema conceptual, en tanto aquí nos limitaremos a dar cuenta de cómo la doctrina norteamericana ha tratado el problema, y ésta no utiliza (al menos explícitamente) dicho esquema en los mismos términos que la dogmática alemana. En efecto, como podrá verse más adelante, gran parte de las dificultades en la discusión doctrinaria norteamericana se debe justamente a que tanto defensores como detractores de este tipo de penas mezclan los distintos niveles de análisis.

¹² Aquí, sin embargo, el análisis estará restringido a las consideraciones de la teoría de los fines de la pena, pues lo que se trata de dilucidar es la relación entre el reproche contenido en la condena y

constituyen los dos principales niveles en que se ha desplegado la discusión doctrinaria norteamericana. Sin embargo, este examen no puede dejar de dar cuenta antes de la especificidad del “*shaming punishment*” como reacción punitiva estatal, es decir, el tipo de pena que se trata. La consideración de la vergüenza como una manifestación propia de la personalidad y como la concreción de un estado psíquico determinado (dominado por una creencia particular) es esencial en el análisis en tanto permite definir con mayor precisión la dimensión de sentido contenida en el reproche estatal.

2. “*Shame*”: formas de avergonzar y estructura de la emoción

a. Tipos de penas deshonrosas.

En general, la labor “creativa” de la judicatura norteamericana en esta materia ha sido clave en la elaboración de nuevas formas de producir un sentimiento de vergüenza en el individuo condenado (y/o eventualmente de producir otros efectos tanto en el condenado como en el resto de la sociedad). Las distintas penas que se usan para producir estos efectos han sido ideadas por los mismos adjudicadores en el uso de facultades discrecionales que les otorga la ley (principalmente cuando no se trata de penas en sentido estricto sino que de condiciones impuestas en virtud del régimen de *probation*). Sin embargo, ante cierta homogeneidad de sanciones, la doctrina ha distinguido al menos cuatro tipos de penas deshonrosas:¹³

Publicidad estigmatizadora (stigmatizing publicity): Según Dan Kahan, éste sería el tipo de “*shaming punishment*” más claro. En este caso, las sanciones apuntan a magnificar la humillación inherente –según su parecer- al momento de la condena mediante la comunicación del estatus del condenado a una audiencia masiva.¹⁴ Lo anterior se concreta en la publicación del nombre del condenado en diarios o revistas con una explicación del delito que cometió, o en casos más graves, se hace aparecer al condenado en televisión, generalmente en los canales locales de la comunidad en la que vive. Este tipo de penas está reservado, en la mayoría de las ocasiones, para quienes son condenados por solicitar servicios de prostitución.¹⁵

Estigmatización estricta o literal (literal stigmatization): En este caso, la pena (o condición) consiste en que el condenado debe portar una prenda o un accesorio – en cuyo caso se trata generalmente de un brazalete- que inste a la ridiculización.

la pena. La discusión sobre los argumentos de justicia política es necesaria para complementar el examen pero excede los límites de este trabajo, sin perjuicio de que dichos argumentos sean abordados tangencialmente en razón del análisis realizado.

¹³ Kahan, D., “What do alternative sanctions mean?”, pág. 16. Véase también Larrauri, E., “Penas Degradantes (Shamefull Sentences)”, en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Baden-Baden: 2000), pág 2. Siguiendo a Kahan en la explicación

¹⁴ Kahan, D., “What do alternative sanctions mean?”, pág. 16

¹⁵ *ibid.*

Suele incluirse también en esta categoría a los adhesivos que deben ser pegados en los automóviles en los supuestos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Kahan califica de menos dramáticos pero más comunes los casos en que la estigmatización se basa en marcas, avisos o carteles situados en la propiedad del condenado y que también, según su opinión, deben ser incluidos en esta categoría.

Exposición pública (self-debasement): La sanción consiste en ceremonias o rituales que deshonran públicamente al ofensor o condenado. Por lo general, se le constriñe a portar una pancarta o a llevarla colgando de su cuerpo (lo que se conoce como “hombre sandwich”) en la que se señala la condena de la que ha sido objeto, en un lugar particular determinado por el juez que coincide generalmente con el lugar donde se produjo el delito. Usualmente, se utiliza para los casos de delitos contra la propiedad, aunque ha sido impuesta, también, en los casos de ejecutivos que orinan en la calle, a los cuales se les condena a limpiar las calles de la ciudad usando atuendos específicos.¹⁶

Disculpas públicas o reconocimiento (contrition): Generalmente, se trata de la obligación del condenado de hacer pública su condena en diarios, revistas o en la televisión, describiendo su delito en primera persona, y ofreciendo disculpas por el mismo. Kahan considera que se trata de una conjunción entre la publicidad estigmatizadora y la exposición pública, donde el elemento de reconocimiento es central aun cuando no sea sincero.¹⁷

La particularidad de esta gama de sanciones está referida a la relación del sujeto con el entorno social que lo rodea, con su comunidad. En todas ellas el elemento de humillación¹⁸ es lo esencial, en tanto se entiende que la experiencia vergonzosa depende de la presencia y observancia de terceros, sea ésta mediata o inmediata. De este modo, el sentido del “*shaming punishment*” está determinado primariamente por un contexto intersubjetivo de acción donde el sujeto que sufre la pena debe concebirse como parte de una colectividad que tiene algún grado de injerencia relevante sobre sus propias determinaciones, del mismo modo en que

¹⁶ No debe confundirse este último ejemplo con la pena de servicios o trabajos en beneficio de la comunidad. En este último caso, el principal objetivo perseguido no es la ridiculización o estigmatización sino que la pena sirva como medio de rehabilitación, en tanto el condenado, con la realización de dichos trabajos, podría incorporar ciertos valores de respeto mutuo propios de la vida en comunidad. La exigencia de limpiar las calles, para el caso en cuestión, está orientada fundamentalmente a la exposición pública y no a la rehabilitación, de ahí la importancia de los atuendos usados por los condenados.

¹⁷ Kahan, D., “What do alternative sanctions mean?”, pág. 16.

¹⁸ Usamos la palabra “humillación” en un sentido amplio para referirnos al acto de avergonzar a un tercero, acto que debe distinguirse del de avergonzarse uno mismo (en tanto esto pueda considerarse efectivamente como un acto). En este sentido, no se trata (necesariamente) de la constatación de una mayor intensidad en el grado de vergüenza que se siente, o de un acto que objetivamente pueda producir una vergüenza más intensa, sino sólo de un acto realizado por un sujeto sobre otro para avergonzar a éste último.

cada miembro de esta colectividad (cada potencial sujeto susceptible de sufrir el mismo tipo de sanciones) debe a su vez auto-comprenderse de manera semejante. Esta consideración es fundamental para entender las funciones que se le atribuyen a las penas en cuestión, en tanto dichas funciones se vinculan usualmente a dimensiones comunicativas y expresivas que presuponen la existencia de importantes ámbitos de interacción tanto entre el individuo y el Estado, como entre los mismos individuos. La comprensión de la dimensión de sentido subyacente a la imposición de una pena orientada primariamente a la humillación de un sujeto (ya sea que dicho sentido pueda ser atribuido a los efectos ilocucionarios o efectos perlocucionarios de la sanción), exige esta primera constatación del contexto de interacción en el que se sitúa.

Sin embargo, las actitudes y acciones desplegadas por los intervinientes en este contexto están referidas también a un estado psíquico en particular determinado por la vergüenza como emoción. Una de las principales dificultades en el análisis del “*shaming punishment*” radica justamente en que su sentido está (necesariamente) vinculado a la producción, ya sea en el agente que sufre la sanción o en los sujetos que participan de ella como generadores de la humillación,¹⁹ de diversas emociones, todas referidas en algún grado a la vergüenza. A diferencia de penas como la privación de libertad o la multa, donde la producción de un sentimiento²⁰ determinado es una cuestión contingente en relación al sentido de la pena, el “*shaming punishment*” está precisamente determinado por la producción de una emoción específica. De esta forma, la relación entre la vergüenza (ya sea como emoción vinculada a una psiquis particular o como dimensión del contenido del reproche en un contexto de interacción comunicativa y/o expresiva)²¹ y el sentido de la pena es una relación necesaria. Es fundamental, entonces, detenerse un momento en el análisis de la vergüenza como emoción.

b. El problema del “appeal to emotions”²²

En la discusión doctrinal es usual encontrar algún tipo de explicación, o al menos alusión, a la vergüenza como emoción, su estructura, su sentido y los contextos en los que se presenta. En general, los diferentes autores tienden a coincidir en ciertos aspectos centrales como la comparación con la culpa, o la

¹⁹ No nos referimos acá a los sujetos encargados de someter a un castigo humillante al condenado, es decir, los funcionarios públicos encargados de la ejecución de la pena vergonzosa. En este contexto, quienes “producen” o de quienes se espera que “produzcan” el sentimiento de vergüenza en el condenado son el resto de la sociedad que presencia el acto por el cual se ejecuta el castigo.

²⁰ Si bien en la literatura psicológica los términos “sentimiento” y “emoción” tienen significados diferentes, acá se usarán como sinónimos. Para conocer algunos detalles sobre la distinción, véase Nussbaum, M., *Hiding From Humanity. Disgust, Shame and the Law*. Cap. I.

²¹ La razón de esta distinción se analiza más adelante. Ver *infra*. 4.

²² La expresión procede de Nussbaum, M., *Hiding from Humanity. Disgust, Shame and the Law*. Cap. I.

importancia de terceras personas en la producción de la emoción.²³ Sin embargo, quien, sin lugar a dudas, ha trabajado el tema con mayor profundidad es Martha Nussbaum, a quien seguiremos en la explicación.

La tesis central de Nussbaum consiste en que, por una parte, las emociones juegan un rol muy importante en la configuración normativa de una sociedad en tanto una gran mayoría de las normas morales o jurídicas que rigen socialmente obedecen, aunque no exclusivamente pero sí en gran parte, a las emociones que experimentan quienes son sus autores y/o destinatarios.²⁴ El miedo que se puede sentir frente a la amenaza de un tercero o del Estado sobre nuestra persona, o la rabia producto del daño que ocasiona quien violenta nuestros ámbitos de autonomía forman parte de la gama de motivos que justifican la elaboración de normas en una sociedad. Esto no implica que, desde la perspectiva de Nussbaum, la mera constatación de una emoción frente a un hecho o una acción constituya un motivo suficiente para justificar una decisión normativa. En este sentido, Nussbaum está más cerca de Dworkin que de Devlin al desestimar que una mera reacción emocional pueda considerarse una justificación suficiente para la configuración de una norma de comportamiento. En este sentido, siempre será necesaria la concurrencia de razones.²⁵ No obstante, Nussbaum considera que la distinción radical de Dworkin entre emociones y razones es poco precisa al tratar a todas las emociones como un sólo grupo y al no dar cuenta de que las emociones por sí solas pueden contener buenas razones, incluso razones morales.²⁶ Por otra parte, partiendo de la base de que las emociones juegan un rol relevante en la configuración del Derecho en una sociedad, Nussbaum considera que, a diferencia del miedo o la rabia, la vergüenza (o más precisamente un tipo determinado de vergüenza que llama “*primitive shame*” o vergüenza primitiva) no constituye una base confiable para orientar decisiones normativas en un contexto de deliberación pública debido a su estructura y su contenido cognitivo. Para Nussbaum, la vergüenza primitiva, al igual que el disgusto, es un tipo de emoción que, dada su “irrazonabilidad”²⁷, debe ser desestimada como base de orientación normativa.

Siguiendo una tradición que viene desde Aristóteles, Nussbaum afirma que en las emociones puede identificarse una estructura basada fundamentalmente en la existencia de un objeto y una creencia. La emoción, sea cual sea, está referida a un objeto (por ejemplo, quien ataca nuestro cuerpo en el caso del miedo) e incluye una creencia (en este caso, que ese ataque es efectivamente peligroso para nuestra integridad física). De este modo, la argumentación racional puede incidir

²³ Massaro, T., “Shame, Culture, and American Criminal Law”. Markel, D., “Are Shaming Punishments beautifully retributive? Retributivism and the implications for the alternative sanctions debate.”, *Vanderbilt Law Review* (Versión Westlaw: 2001).

²⁴ Nussbaum, M., *Hiding From Humanity. Disgust, Shame and the Law*, pág. 13.

²⁵ *ibid* 352.

²⁶ *ibid*.

²⁷ *ibid* 35.

en la creación, eliminación o transformación de una emoción actuando fundamentalmente en el ámbito de las creencias y es en ese sentido en que puede hablarse de emociones razonables y no razonables. La vergüenza, por su parte, no está exenta de esta estructura. Al respecto, lo relevante para Nussbaum –en tanto el objeto es una cuestión contingente- es la creencia involucrada en el sentimiento de vergüenza. Basándose en las investigaciones clínicas de Fairbairn, Winnicott, Kernberg y Bollas, Nussbaum sostiene que la vergüenza obedecería a una creencia muy particular: la existencia de un ideal del ego basado en una idea de perfección, completitud y autosuficiencia que se origina en los primeros años de vida de la persona.²⁸ Cuando el infante comienza a experimentar su separación del contexto que lo rodea, es decir, cuando “comprende” que forma parte de un mundo objetual en el cual él mismo constituye un objeto distinto de quienes están a su cargo, empieza a desarrollar ciertos sentimientos de gratitud y de resentimiento en relación a estos últimos. Esto por cuanto, al concebirse como *el* centro de atención bajo una suerte de ilusión de omnipotencia, el niño no es capaz de asumir su verdadera condición de vulnerabilidad, precariedad y necesidad, y de este modo se resiente frente a una fuente de cuidado y satisfacción que no está siempre presente para sus necesidades (y, desde luego, siente agrado cuando esa fuente sí se hace presente).²⁹ La vergüenza se originaría en esta misma etapa producto del fracaso en alcanzar en la interacción con el entorno ese ideal de omnipotencia; fracaso que es inevitable dada la condición de precariedad y necesidad de todo ser humano. Este fenómeno se va haciendo más evidente a medida que la persona va adquiriendo mayor conciencia de sí misma como una *realidad* independiente de su entorno.³⁰ Cada acto que la persona atribuye a sí misma y que denota la imposibilidad de comportarse en conformidad con ese ideal del ego es vivenciado como la puesta en evidencia de la imperfección real de la persona. En ese sentido, sólo en tanto el sujeto espera de sí mismo algún grado de perfección en un ámbito determinado, es que tenderá a esconder la (inevitable) imperfección o se sentirá avergonzado por su exposición.³¹ Este tipo de vergüenza, según Nussbaum, está generalmente presente durante toda la vida de una persona pero se vincula con una actitud más bien infantil y narcisista que demuestra la incapacidad del sujeto de asumir su verdadera condición de

²⁸ *ibid.*

²⁹ *ibid.*

³⁰ *ibid.*

³¹ *ibid* 184. Nussbaum discrepa con autores como Massaro o Markel en relación a la necesidad de la presencia de otras personas para que efectivamente se produzca la vergüenza en el sujeto. Según Nussbaum, al menos en el caso de la vergüenza primitiva, la emoción depende primariamente de la existencia de un estado ideal con el que la persona “fantasea” (y del consiguiente fracaso en alcanzarlo), antes que de la existencia de un grupo o entorno que presencia dicho fracaso (más allá de que el grupo lo comprenda como un efectivo fracaso o no). En ese sentido, la persona podría sentirse avergonzada por algún acto suyo (o incluso ajeno) sin la necesidad de que exista un *otro* que lo presencie en tanto dicho acto demuestre la inadecuación de su persona con el ideal que pretende alcanzar.

precariedad; es en ese sentido en que la denomina “*primitive shame*”³² y que sostiene que,

Part of being a mature person is to accept one’s own *moral* imperfection, and to recognize that one’s efforts toward valuable personal ideals (including moral ideals) can always be improved by the insight of others.³³

Con esto se pretende demostrar que no sólo es narcisista e infantil la actitud contenida en comportamientos determinados exclusivamente por la vergüenza primitiva sino que también lo es aquella actitud absolutamente desprovista de vergüenza de manera constante y generalizada, es decir, la actitud de una persona que es generalmente desvergonzada (“*shameless*”). La crítica de Nussbaum a la vergüenza primitiva no pretende erigir el ideal de una persona que no sienta vergüenza. Por el contrario, se reconoce que existe una clase de vergüenza o una dimensión de la vergüenza que es valiosa y que debe ser promovida en el contexto de las relaciones intersubjetivas. Esta es la idea de vergüenza constructiva o “*constructive shame*”³⁴ que está íntimamente relacionada con el reconocimiento del otro como un agente moral al cual puedo dañar con mis comportamientos. Se trata de un tipo de vergüenza, según Nussbaum, que se conecta, al igual que la culpa, con un proyecto de reintegración y reparación en relación a los otros. En este sentido, a diferencia de la vergüenza primitiva, no siempre expresa el deseo de ser un tipo de individuo que no se puede ser. Por el contrario, generalmente se refiere a un ideal que es perfectamente alcanzable y que, en opinión de Nussbaum, debiera ser alcanzado. La vergüenza, por lo tanto, no debería ser concebida sólo como una emoción conectada exclusivamente con la aprobación o desaprobación social sino que también con un contenido moral determinado.³⁵

c. Vergüenza y culpa

La consideración de esta vergüenza constructiva, sin embargo, dificulta la tarea de identificar la distinción entre la culpa y la vergüenza. En general, la discusión relativa al “*shaming punishment*” incorpora dicha distinción como una cuestión de suma relevancia por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la práctica punitiva está construida principalmente sobre la base del reproche de culpabilidad; y en segundo lugar, porque la emoción contenida en la culpa está íntimamente relacionada con aquella de la vergüenza en tanto, generalmente, esta última se gatilla por la presencia de la primera. Pero del mismo modo en que esto no supone identificar, sin más, culpa con vergüenza tampoco significa equiparar culpa con culpabilidad.³⁶ Al hablarse de culpa, por lo general se

³² *ibid.*

³³ *ibid* 215 - 216

³⁴ *ibid* 211.

³⁵ *ibid* 207.

³⁶ Del mismo modo en que tampoco, en este contexto al menos, supone identificar sin más culpa con imprudencia.

está haciendo alusión principalmente a un estado emocional determinado, mientras que para la idea de culpabilidad, en principio, es irrelevante la efectiva existencia o inexistencia de ese estado emocional en el sujeto ya que la culpabilidad se vincula primariamente con la dimensión intersubjetiva del reproche, es decir, con una cierta idea de responsabilidad y no con el aspecto psíquico del reprochado. De hecho, como veremos más adelante, ésta parece ser la principal dificultad del análisis de Martha Nussbaum del “*shaming punishment*”: el paso del estado psíquico que supone la vergüenza al acto de avergonzar no puede ser considerado como un paso automático. Del mismo modo en que sucede con la culpa, parece haber una dimensión de sentido adicional en el acto de avergonzar a alguien en relación a lo que significa el solo hecho de sentir vergüenza (sea ésta una vergüenza primitiva o constructiva).

Sin perjuicio de lo anterior, la consideración de la distinción entre la culpa y la vergüenza es, de todos modos, ilustradora porque permite comprender de mejor manera el sentido expresivo de un acto de humillación. Markel ha tratado la diferenciación en relación a la dimensión pública de la vergüenza y la dimensión privada de la culpa.³⁷ En su opinión, la vergüenza se encuentra antes que todo vinculada a un contexto público donde la presencia y la observación de un tercero -con cierta injerencia en el sujeto que es avergonzado- es indispensable. Por el contrario, la culpa es una emoción que no depende (primariamente) de la presencia de otros, sino que fundamentalmente de la toma de conciencia por parte del sujeto de la realización de un acto incorrecto por el cual se siente responsable.³⁸ Es cuestionable, sin embargo, que la vergüenza esté exclusivamente definida por un contexto intersubjetivo. Como vimos anteriormente,³⁹ Nussbaum considera que, al menos cuando se trata de la vergüenza primitiva, la presencia de otro individuo no es necesaria para que un sujeto sienta vergüenza dado que lo que fundamentalmente determina a la vergüenza como emoción es el fracaso ante un ideal determinado, y que ese ideal dependa o no de la expectativa de las personas que rodean al sujeto es una cuestión contingente. En ese sentido, tanto la culpa como la vergüenza podrían estar referidas a consideraciones estrictamente internas del individuo. No obstante, en relación al “*shaming punishment*” esta problemática no tiene mayor relevancia pues acá la cuestión siempre está referida a un contexto de relaciones interpersonales como es la comunidad a la que pertenece el condenado.

Markel constata otra diferencia que es fundamental: la culpa es local mientras que la vergüenza es global.⁴⁰ La vergüenza representa un juicio sobre el valor de una persona, de modo que es el individuo en su integridad el objeto de la

³⁷ Markel, “Are Shaming Punishments beautifully retributive? Retributivism and the implications for the alternative sanctions debate”, pág. 9.

³⁸ *ibid.*

³⁹ *Vid.* nota 32.

⁴⁰ Markel, “Are Shaming Punishments beautifully retributive? Retributivism and the implications for the alternative sanctions debate”, pág. 9.

emoción y no un acto determinado. La culpa, por el contrario, distingue entre el acto y la persona que realiza ese acto, y en ese sentido, tanto el sentimiento de culpa como la atribución de culpabilidad están referidos exclusivamente al acto. Otra cosa distinta es que a raíz de un sentimiento de culpa una persona experimente vergüenza, pero justamente eso ya deja de ser parte de la culpa.

Esta misma idea es recogida por Nussbaum:

Thus, whereas shame focuses on defect or imperfection, and thus on some aspect of the very being of the person who feels it, guilt focuses on an action (or a wish to act), but need not extend to the entirety of the agent, seeing the agent as utterly inadequate.⁴¹

Esto implica, además, que la vergüenza –y no así la culpa- se encuentre en estrecha relación con la estigmatización. Como señala Markel, la vergüenza envuelve al *ser* completo quitándole espacios para la reparación dado que es su persona completa lo que es incorrecto, de modo que el sujeto avergonzado no tiene más opción que esconderse o retroceder.⁴² Puesto que se trata de la calificación de la persona y no sólo del acto, y ante la imposibilidad de reparación, la vergüenza tiende hacia la estigmatización de una manera que la culpa no lo hace. Ahora bien, acá Markel y Nussbaum constantemente se manejan en planos diversos pues se refieren, por un lado, a la emoción de la vergüenza, es decir, a lo que experimenta el sujeto que se siente avergonzado (o a las circunstancias psicológicas que le hacen sentir vergüenza) y, por otro lado, a las consecuencias externas de la vergüenza.

En efecto, debe distinguirse el fenómeno psicológico que supone la vergüenza del significado del acto de avergonzar. Nussbaum argumenta que el hecho de sentir vergüenza, y más precisamente lo que ella llama vergüenza primitiva, obedece a un proceso muy preciso: el sujeto vivencia como fracaso la manifestación de su imperfección en relación a una idealización de su persona. Esto, según Nussbaum, es una demostración de una actitud inmadura y narcisista de la persona que no es capaz de asumir (e incluso valorar) su condición real de precariedad y necesidad. El sentimiento de vergüenza en estas circunstancias sería una forma de eludir la propia condición humana, una forma que tendría la persona de esconderse de su humanidad. De este modo, las prácticas sociales basadas en la producción de este tipo de emociones, como las penas que apuntan a avergonzar a un sujeto mediante la humillación, no serían confiables en una sociedad comprometida con el respeto por la dignidad de sus ciudadanos, en tanto sus bases mismas – la vergüenza como emoción- no serían confiables.⁴³ Esto se demostraría, según Nussbaum, por ejemplo, en que es muy fácil que ocurran fenómenos de estigmatización. Pero no es claro cómo la explicación del proceso

⁴¹ Nussbaum, M., *Hiding From Humanity. Disgust, Shame and the Law.*, pág. 207.

⁴² Markel, “Are Shaming Punishments beautifully retributive? Retributivism and the implications for the alternative sanctions debate”, pág. 9.

⁴³ Nussbaum, M., *Hiding From Humanity. Disgust, Shame and the Law.*, pág. 231.

mental involucrado en la vergüenza primitiva puede ser trasladado, sin más, a la práctica social; incluso más, es dudoso que dicha explicación pueda directamente ser aplicada al sujeto que humilla a otro. La dificultad radica en que no se sigue necesariamente del hecho de que sentir vergüenza (primitiva) implique un acto de inmadurez e infantilismo que quien humilla a otro también actúe infantil o inmaduramente. Esto sólo podría ser afirmado si se incluye una consideración adicional, según la cual, el sentido del acto de humillación está dado por la expectativa genuina de que el otro efectivamente se sienta avergonzado. Sólo si el reproche contenido en la humillación se formulase en los términos de una exigencia de “avergonzamiento” genuina (“avergüénzate [realmente]!”), sólo si quien humilla a otro realmente *cree* que ese otro *debe* avergonzarse, entonces podría trasladarse la explicación de Nussbaum desde la subjetividad del sujeto pasivo de la humillación a la del sujeto activo. En este caso la persona que expresa un reproche (genuino) mediante un acto de humillación lo haría en tanto, para esa persona, la otra no se adecua a un ideal de perfección que, según el sujeto humillador, ambos comparten o, al menos, debieran compartir, y sólo en ese preciso sentido, el acto de humillación demostraría un actitud infantil y narcisista de parte de quien lo realiza. Esta exigencia de veracidad en la creencia contenida en la acción humillante conlleva a que, en definitiva, el argumento estratégico a favor del “*shaming punishment*” sea inmune a la crítica de Nussbaum, pues en este caso la ejecución de la pena, por definición, no *pretende*⁴⁴ ser un acto de interpelación, es decir, un reproche genuino. Sobre esto volveremos más adelante.

Con todo, la explicación de Nussbaum permite entender de mejor manera la significación simbólica de un acto de humillación. Dado que el sentir vergüenza de forma “primitiva” supone una manera inmadura y narcisista de esconderse de la propia humanidad de la persona, y dado que quien humilla a otro lo que hace, en último término, es expresarle a él (o a los demás pero *a través de él*) que *debe* avergonzarse justamente por no haber sido capaz de comportarse acorde al ideal de perfección contenido en la creencia (compartida), el acto de humillación –en estos términos– sería una manifestación de esa misma actitud inmadura y narcisista. Que esto, desde el punto de vista de la praxis punitiva, sea cuestionable o no supone dilucidar una serie de consideraciones adicionales que abordaremos a continuación, pero lo relevante es entender lo que subyace a la expresión de reproche en términos de humillación: más allá de si efectivamente muestra la existencia de actitudes infantiles y narcisistas, dicho reproche supone una cierta exigencia de perfeccionismo que apunta hacia la persona en su totalidad. Esa particular expresión de reproche tiene una gran importancia cuando se analiza el

⁴⁴ El énfasis en la idea de que se trata de una mera *pretensión* radica en que, como se verá más adelante, la posibilidad de que la ejecución de la pena pueda tratarse de un acto interpelativo o pueda, al menos, vincularse internamente con un acto de interpelación, es discutible. La diferencia de una justificación estratégica del castigo penal con una justificación comunicativa radica justamente en que esta última tiene como pretensión vincular el sentido interpelativo del reproche contenido en la sanción primaria a la facticidad del acto constitutivo de la sanción secundaria.

“*shaming punishment*” a la luz del rol simbólico que se le atribuye como pena, es decir, en el contexto de una práctica construida sobre la idea de culpabilidad.

En la doctrina norteamericana la discusión sobre la legitimidad del “*shaming punishment*” se caracteriza por la apelación a las distintas teorías de los fines de la pena como diferentes formas de justificar la imposición de este tipo de penas. Sin embargo, es discutible hasta qué punto es posible tal conmensurabilidad de los distintos argumentos considerando, por una parte, la significación simbólica del acto de humillación y, por otra parte, la particularidad de la práctica punitiva como práctica constituida sobre la base de interacciones lingüísticamente mediadas donde la dimensión de reproche del juicio de atribución de culpabilidad, en tanto orientación retrospectiva, es central. Por lo tanto, antes de abordar el análisis de los argumentos de la discusión norteamericana, cabe detenerse en la explicación de esta práctica construida retrospectivamente.

3. Derecho penal de la culpabilidad y reproche penal

Bajo la comprensión tradicional del principio de culpabilidad en la dogmática alemana, éste es considerado un límite material a la potestad punitiva del Estado.⁴⁵ Desde el punto de vista de la relación entre derechos fundamentales y derecho penal, el principio de culpabilidad constituye lo que la dogmática de los derechos fundamentales ha denominado una “restricción-de-restricciones” (*schränken-schränken*): se trata de un límite a las posibles razones justificatorias de los actos estatales de afectación de derechos fundamentales. Pero la limitación que impone el principio de culpabilidad hace que sea diferenciable de todos los otros límites por dos razones fundamentales relacionadas: (i) supone una exigencia de legitimación retrospectiva, es decir, la posibilidad de afectación de derechos fundamentales se justifica como reacción en relación a ciertos acontecimientos ocurridos en el pasado; y (ii) dichos acontecimientos no son cualesquiera acontecimientos sino que consisten en la infracción de una norma de comportamiento imputable a una persona.

La consecuencia inmediata de estas consideraciones consiste en que la utilización de la función punitiva puramente instrumental queda descartada en tanto la infracción de una norma de comportamiento supone un modo de interacción lingüísticamente mediada. En ese sentido, la reacción ante esa infracción también se estructura como interacción lingüísticamente mediada y, por ende, cualquier tipo de actuación instrumental no puede ser justificada con cargo a la culpabilidad.⁴⁶ Lo anterior supone la comprensión de la práctica punitiva como

⁴⁵ Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General*. (Thomson Civitas: Madrid, 2003, t.I) pags. 99-100.

⁴⁶ De ahí que las medidas cautelares decretadas por puras razones de seguridad de la sociedad sean tan problemáticas en el contexto de un derecho penal de la culpabilidad pues suponen un

una práctica estructurada normativamente cuya matriz está radicada en el reproche contenido en el juicio de culpabilidad. La idea de interacción lingüísticamente mediada, sin embargo, deja abierta la posibilidad de justificar la práctica punitiva desde un punto de vista estratégico o comunicativo (orientado al entendimiento). Por ende, la pena puede ser comprendida en su sentido perlocucionario o ilocucionario ya sea que se adopte una perspectiva preventiva o retributiva. Lo relevante de esto radica en que el principio de culpabilidad admite ser justificado desde ambos puntos de vista, es decir, tanto como presupuesto de racionalidad coercitiva como de racionalidad comunicativa.

En consecuencia, un derecho penal de la culpabilidad presupone la consideración de la pena como una orientación normativa hacia el individuo que debe estar sometida a ciertos constreñimientos deontológicos que la hacen racional. El reproche de culpabilidad puede así tener el sentido de una interpelación comunicativa por la no incorporación de la norma de comportamiento como una razón para la acción, o el significado de confirmación de la verosimilitud de la amenaza condicional contenida en la norma de sanción (no siendo una genuina interpelación). En ambos casos, sin embargo, dicho reproche presupone un grado determinado de vinculación del sujeto con la norma de comportamiento que depende de ciertas circunstancias de imputación. Sólo una vez satisfecha esta medida de imputación el delito es entendido como un acto expresivo que justifica un reproche de culpabilidad, el cual a su vez hace operativa la sanción primaria (y eventualmente la sanción secundaria).

Como lo ha expuesto Hruschka, dicha imputación se da en dos niveles.⁴⁷ Al primero corresponde la imputación del comportamiento a la capacidad fáctica de acción del sujeto según los contenidos relevantes de la norma de comportamiento. Esto implica que se trate más bien de una capacidad fáctica de evitación (del comportamiento prohibido). La capacidad fáctica de evitación implica la concurrencia de ciertas circunstancias específicas en el agente: en primer lugar, la posibilidad de *accionar* (capacidad fáctica de acción en sentido estricto), en tanto “posibilidad física de formarse una intención de realizar el comportamiento exigido por la norma de comportamiento”.⁴⁸ Esta capacidad significa que el agente pueda controlar, en un cierto grado al menos, su cuerpo desde el punto de vista de la capacidad de formarse la voluntad (intención) de control. En caso de que al sujeto le sea suprimida su capacidad de formación de la voluntad, se entiende que no tiene la capacidad fáctica de evitar el comportamiento prohibido porque ni siquiera es capaz de poder conducir su cuerpo en la dirección ordenada. Este es el caso típico del estado de inconsciencia. Del mismo modo, en el evento en que al

tratamiento instrumental del sujeto que se hace con cargo a su culpabilidad, al presuponerse un cierto adelantamiento de los efectos de la pena –en este caso disuasivos.

⁴⁷ Para una clara explicación de este proceso y de su consecuencia en la atribución de sentido al hecho punible, véase Mañalich, J.P., “Pena y Ciudadanía”, en 6 *Revista de Estudios de la Justicia* (Facultad de Derecho de Universidad de Chile: Santiago, 2005) pags. 63-85.

⁴⁸ *ibid.*

sujeto le sea suprimida su capacidad fáctica de ejecución de la voluntad, también estamos en presencia de una imposibilidad de imputación a la capacidad fáctica de evitación. El ejemplo paradigmático de este caso es la *vis absoluta*.⁴⁹

En segundo lugar, se requiere un cierto grado de conocimiento del sujeto de la situación en la que se encuentra. Sólo conociendo las circunstancias fácticas que lo rodean, es posible que el sujeto se forme la intención de evitar el comportamiento prohibido. Si no sabe lo que hace (fácticamente), entonces no puede exigírsele que lo evite. Esto se traduce en que la imputación a la capacidad fáctica de evitación queda excluida en los casos de ausencia de dolo (*vgr.* error de tipo). Por otra parte, también supone que bajo una teoría como la aquí presentada el marco de referencia para la imputación subjetiva a título de dolo sea el dolo eventual y no el dolo directo como se entiende tradicionalmente.

En este primer nivel de imputación, la motivación para seguir la norma de comportamiento, es decir, de evitar el comportamiento prohibido, es supuesta de manera contrafáctica, de tal modo que, aun sin evaluar todavía la capacidad de motivación del sujeto por la norma (entendida ésta como un motivo vinculante para su acción), se afirma que el sujeto podía evitar la realización del comportamiento y por ende se le imputa como contrario a *deber* (y no sólo antinormativo), configurándose así el injusto. La imputación del injusto depende, a su vez, de la consideración de la norma de comportamiento de manera retrospectiva, en su función de baremo de medición; es porque el juez, suponiendo contrafácticamente la motivación del autor, valora el hecho a la luz de una norma que lo describe como prohibido que puede considerarlo como injusto.

Por otra parte, el segundo nivel de imputación corresponde a la imputación a la capacidad de motivación del sujeto respecto de la norma de

⁴⁹ Los conceptos de “capacidad de formación de la voluntad” y de “capacidad de ejecución de la voluntad” corresponden a la adopción, por parte de Binding a comienzos del siglo XX, de la distinción tripartita proveniente del modelo escolástico de los actos voluntarios entre “capacidad de formación de la voluntad”, “capacidad de deliberación o decisión de la voluntad” y “capacidad de ejecución de la voluntad”. En los términos de Binding, para efectos de determinar si en el delito de coacción concurría violencia o amenaza, debía observarse cuál de estas categorías eran afectadas desde el punto de vista del coaccionado. En los casos de supresión de la capacidad de formación y/o de ejecución de la voluntad, Binding consideraba que se estaba en presencia de una *vis absoluta* de modo que concurría violencia por parte del coaccionador. En los casos de supresión de la capacidad de decisión, por el contrario, el coaccionado se encontraba bajo *vis compulsiva* de modo que correspondía apreciar una amenaza. Más allá de la confusión en la que incurre Binding al relacionar directamente las categorías escolásticas con la *vis absoluta* y la *vis compulsiva*, lo importante a destacar es que tanto en la supresión de la capacidad de formación de la voluntad como en la supresión de la capacidad de ejecución de la voluntad se excluye la capacidad fáctica de evitación. La diferencia con el planteamiento de Binding es que, desde su punto de vista, la inconsciencia también constituye un caso de *vis absoluta*. Al respecto, apuntes del curso de Derecho Penal III Parte Especial dictado por el profesor Miguel Soto, segundo semestre de 2004, en notas del autor. Clases de Juan Pablo Mañalich R.

comportamiento. Acá ya no estamos en el plano de la formación de una intención (puramente fáctica) de evitación del comportamiento prohibido (cuestión que faltaba en los casos de inconsciencia), sino que, asumida la existencia de esta intención, se trata de la formación de una intención de segundo orden por la que el sujeto incorpora la norma de comportamiento como un motivo preponderante para su actuar. Esta motivación falta en los casos en que dada la existencia de otros motivos lo suficientemente importantes, que se contraponen a la obediencia a la norma (considerada ésta como motivo para actuar), el autor no puede evitar la realización del comportamiento prohibido. La motivación conforme a la norma es posible pero se hace inexigible. Esto corresponde a los casos de miedo insuperable o estado de necesidad exculpante (defensivo o agresivo).⁵⁰ Tampoco es posible imputar en este segundo nivel a quien obra con desconocimiento de la norma, por cuanto es evidente que quien debe motivarse por la norma de comportamiento tiene que, al menos, conocerla. En esta medida, el error de prohibición excluye la imputación (ordinaria) de segundo nivel. Finalmente, esta imputación es preterida en una tercera hipótesis: los casos de inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad. Acá son reconocibles dos sub-hipótesis básicas. Por un lado, la inimputabilidad puede estar dada por un estado psíquico anormal del agente (ya sea permanente o temporal) que impide la posibilidad de incorporar la norma de comportamiento como un motivo *razonable* de actuación. Por otro lado, la incapacidad de culpabilidad se concretiza en la inexistencia de madurez suficiente para orientar el comportamiento bajo la norma en relación a la edad del agente principalmente. En ambos casos, como decíamos, la imputación de segundo nivel debe excluirse.⁵¹

⁵⁰ Desde el punto de vista de la distinción tripartita escolástica de los actos voluntarios, la categoría afectada en este caso sería la capacidad de decisión o deliberación de la voluntad por cuanto se introduce en el sujeto un motivo ajeno que es preponderante en su espectro de razones para la acción, de modo que ya no tiene libertad para decidir sobre su accionar. En este sentido, el estado de necesidad exculpante, opera con la misma lógica que la amenaza condicional del delito de coacción (alemán), en tanto la amenaza implica también la introducción de un motivo ajeno en el agente. Esto ha llevado a que Hruschka correlacione la figura de la coacción, con la de la autoría mediata del coaccionador y la del estado de necesidad coactivo de la víctima, de tal modo que habría coacción cuando del comportamiento, al que es constreñida la víctima, puede predicarse que es realizado en estado de necesidad y, por lo tanto, que el coaccionador sería su autor mediato. Antonio Bascuñán R., sin embargo, ha criticado esta argumentación porque implica una flagrante confusión de categorías adscriptivas (imputación de responsabilidad al coaccionado e imputación de la clase de participación del coaccionador) con categorías prescriptivas (determinación de la concurrencia del injusto de coacción). Véase, al respecto, Hruschka, “La coacción en el sistema del Derecho Penal”, en 3 *Actualidad Penal*, (2000) pags. 51 y ss, y Bascuñán R., A, *Delitos contra la Libertad*, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho: Santiago, 2001) pág. 22.

⁵¹ Si bien la falta de algún elemento de la capacidad de acción o de la capacidad de motivación excluye, *prima facie*, la imputación correspondiente, es posible que la imputación no sea, en definitiva, preterida cuando la falta sea atribuible al mismo sujeto. En este caso, se habla de imputación extraordinaria. Este tipo de imputación supone la atribución del déficit de capacidad de acción o motivación a la responsabilidad del sujeto en tanto éste no cumplió con el estándar de cuidado debido para procurarse las posibilidades de imputación.

Este segundo juicio de imputación constituye una imputación a la culpabilidad del autor, en el mismo sentido en que la imputación de primer nivel corresponde a la imputación al injusto (acción antijurídica). Al sujeto que – queriéndolo- pudo fácticamente evitar el comportamiento prohibido (o realizar el exigido), se le imputa esa exigencia de evitación como deber. Si el mismo sujeto estaba en condiciones de motivarse por ese deber de evitación y no evitó el comportamiento prohibido, entonces es considerado culpable.

Construidas las condiciones de imputación, el principio de culpabilidad cumple su función de fundamentación de la punibilidad, es decir, de la imposición de la sanción primaria. Permite justificar el reproche en tanto el acto se le atribuye al sujeto como *suyo*, como su obra, sin que lo relevante sea la persona misma del autor más allá de lo que tenga que ver con el propio acto. Queda así estructurado un derecho penal de la culpabilidad sobre la base de un principio de culpabilidad que obliga a entender la práctica punitiva en términos de protección normativa de intereses considerados relevantes bajo el prisma de la norma de comportamiento. Pero el nivel de referencia relevante acá es fundamentalmente el de la sanción primaria, es decir, la condena. La culpabilidad de fundamentación responde a la pregunta por el *si* de la habilitación de la consecuencia necesaria establecida en la norma de sanción, que no es otra que la sanción primaria, de modo que en este nivel la pregunta por la sanción secundaria aún queda sin responder.⁵² En general, el nivel de referencia de la sanción secundaria se vincula a la pregunta por la culpabilidad de determinación, es decir, por la penalidad, en tanto de lo que se trata es de establecer el *cuánto* de la pena. Considerado así, el principio de culpabilidad en este nivel opera como una exigencia de ponderación retrospectiva.⁵³ Ahora bien, dado que la práctica punitiva es entendida como una práctica lingüísticamente mediada, parece ser relevante la pregunta por la

⁵² Esto significa que la idea de reproche contenido en la condena como justificación de la práctica punitiva no puede ser entendida como la mera rehabilitación de una versión temprana del retribucionismo que entiende a éste en términos metafísicos, como si la inflicción de dolor que supone el delito justificara –por razones morales- una segunda inflicción de dolor que es la pena. Que la consecuencia necesaria del delito sea el reproche contenido en la condena y no la pena (de ahí la idea de sanción primaria) demuestra que la tesis retribucionista puede ser entendida desde el punto de vista del sentido expresado en la pena y el delito y no desde su materialidad, bajo una fundamentación de la pena como reestablecimiento institucional de validez de la norma que mantiene la separación entre derecho y moral al justificar el reproche de culpabilidad por un déficit de fidelidad al Derecho. En este caso, la fundamentación retributiva está vinculada a una dimensión analítica, no metafísica. Al respecto véase, Jakobs, G., *Sobre la teoría de la pena* (Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos n° 16: Bogotá, 1998), Lesch, H., *La Función de la Pena* (Dykinson: Madrid, 1999) y Kindhäuser, U., “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, en 1 *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (Lima, 2000). Un ejemplo de la primera comprensión del retribucionismo expuesta más arriba se puede ver en Scanlon, T. M., “Catigo penal e imperio de la ley”, en Koh, H.H., y Slye, R. (comps.), *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, (Gedisa: Barcelona, 2004), págs. 304 y 305.

⁵³ Al respecto, Bascuñán, R., A., “Delitos contra intereses instrumentales” en 1 *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Comentario de la jurisprudencia del año 2003*, (Legis: Bogotá, 2004), págs. 314 – 329.

dimensión de sentido de la sanción secundaria en relación a la sanción primaria. Si, por un lado, la condena es legitimada retroactivamente por un juicio de culpabilidad de fundamentación, y, por otro lado, en caso de concurrir pena, la magnitud de la ésta se determina por un juicio de ponderación que también está orientado retroactivamente con cargo a la culpabilidad, entonces podría pensarse que la pregunta por el *cómo* se pena, es decir, por el tipo de pena, puede ser también respondida con referencia a estas consideraciones.

En la próxima sección el objetivo no es responder definitivamente a esta pregunta, sino que sólo plantear la hipótesis para analizar la parte más relevante, para nuestros efectos, de la discusión doctrinal norteamericana en relación a la legitimidad del *“shaming punishment”*.

4. La discusión norteamericana

Esta discusión se ha desarrollado en dos planos distintos. Por una parte, la posibilidad de legitimación del *“shaming punishment”* se plantea en el contexto de la problemática de los fines de la pena. En ese marco, la opinión generalizada es que este tipo de penas puede ser justificado desde diversas teorías de la pena, en tanto cumpliría fines de distintos. Al respecto, Massaro considera que todas las sanciones que avergüenzan son justificables al menos por uno de los cuatro fines tradicionales de la pena como son la retribución, la incapacitación, la rehabilitación y la disuasión.⁵⁴ Por regla general, sostiene, en la práctica punitiva norteamericana ninguno de estos fines tiene una preponderancia clara ya sea a nivel legislativo o a nivel jurisprudencial, de modo que en último término la aceptación del *“shaming punishment”* dependería de la evidencia empírica (¡Incluso para el caso de la retribución!) de que efectivamente estos fines (o algunos de ellos) son promovidos.⁵⁵

Por otra parte, la discusión está referida a los fundamentos de justicia política que harían aceptables o inaceptables estas penas. Aun cuando no sea siempre evidente, la distinción entre los problemas de legitimación de la potestad punitiva a la luz de la teoría de los fines de la pena y los problemas de la legitimación a la luz de los presupuestos de justicia política sobre los cuales se construye la práctica punitiva, debe ser tenida en consideración. En principio, las distintas teorías de los fines de la pena no presuponen necesariamente una matriz de justicia política determinada en sus formulaciones, sin perjuicio de que muchas veces estén constreñidas, para efectos de su coherencia interna, a vincularse más a una teoría de la justicia que a otra. Esto significa que, por regla general, una crítica formulada desde una perspectiva de justicia política y dirigida a una teoría de los fines de la pena, en principio, no es improcedente pero, al menos en relación a las teorías prevencionistas, debe ser entendida como una crítica externa. En la

⁵⁴ Massaro, T., “Shame, Culture, and American Criminal Law”, pág. 9.

⁵⁵ *ibid.*

discusión norteamericana, las posiciones generalmente encontradas son, por una parte, la justificación comunitarista del “*shaming punishment*” y, por otra parte, su crítica liberal. Sin embargo, en este debate se esgrimen argumentos provenientes de distintas teorías de los fines de la pena como es el caso que dos autores reconocidamente comunitaristas, como son Dan Kahan y John Braithwaite, defiendan estas penas desde consideraciones totalmente distintas, a saber, la función expresiva de la pena y la prevención especial reintegradora, correspondientemente.⁵⁶

Parte de las dificultades que encuentra el debate norteamericano radica en que, si bien, ambos planos de análisis por lo general son diferenciados,⁵⁷ la discusión navega entre uno y otro constantemente. Además el hecho de que, como bien señala Massaro, la práctica punitiva norteamericana no tenga preferencia particular por ninguna teoría de los fines de la pena incide en que muchas veces la justificación de la legitimidad o ilegitimidad de estas penas se haga partir de la elección de una teoría de la pena en particular sin una mayor fundamentación de esa elección.

Con todo, las particularidades de las penas que buscan humillar no pueden dejar de ser consideradas a la hora de discutir sobre su legitimidad. En este sentido, como vimos en las secciones anteriores, tanto la emoción de la vergüenza como el acto de humillación contienen una dimensión de sentido muy particular. Su despliegue comunicativo está basado primariamente en una dimensión simbólica que puede ser vista como un reproche con un contenido determinado. Desde este punto de vista, el “*shaming punishment*” parece contener ciertos elementos que lo hacen particularmente interesante a la luz de la relación entre reproche penal y pena. El hecho que su facticidad esté sometida a su dimensión simbólica conlleva a que, en principio, se trate de un tipo de pena que permitiría trazar un vínculo interno entre la dimensión de sentido del reproche penal y la forma de la pena. En otros términos, plantea un marco, que todavía cabe definir, en el cual tiene sentido la pregunta por los alcances del principio de culpabilidad en relación a la pregunta por el *cómo* de la pena. Ante esto, se hace indispensable analizar los dos planteamientos que han identificado de mejor manera esta dimensión simbólica del “*shaming punishment*” y las consecuencias que de ella se derivan.

⁵⁶ En relación a la justificación de prevención especial positiva, Braithwaite, J., *Crime, Shame and Reintegration*. (Cambridge University Press: Cambridge, 1989).

⁵⁷ Diferenciando las cuestiones vinculadas a los fines de la pena de aquellas referidas a consideraciones de justicia política, Massaro, T., “Shame, Culture, and American Criminal Law”, y Garvey, S., “Can Shaming Punishments Educate?”, *University of Chicago Law Review*, (Versión Westlaw: 1998).

a) *Dan Kahan y la función expresiva de la pena*

Kahan ha sido quizás el principal defensor de las penas en comento. Su apoyo, no obstante, obedece a una pretensión más amplia vinculada con la crítica al sistema de penas privativas de libertad y la consiguiente defensa de un sistema de penas alternativas. En ese contexto, la reinstauración del “*shaming punishment*” ocupa un lugar muy relevante dado que se aviene particularmente bien con la teoría de la pena defendida por Kahan: la función expresiva de la pena.⁵⁸

Kahan comienza por plantearse la posibilidad de entender el castigo como un lenguaje con una dimensión expresiva.⁵⁹ Dado que el delito conlleva una expresión de sentido como negación de un valor socialmente relevante (esto es lo que permite entender el esquema de imputación explicado más arriba) la pena simbólicamente supone una condena moral por esa negación. Mediante la imposición de un mal –y esto es lo relevante en Kahan, es decir, que sea *a través de un mal-* la sociedad afirma que la aseveración del delincuente de que sus intereses cuentan no vale. Dicho en términos de la dogmática penal alemana, el delito se trataría de una “manifestación que no permite anudar a ella la comunicación de modo permanente”,⁶⁰ de “un esbozo de la realidad exclusivamente individual y sin futuro”.⁶¹ Lo relevante en este sentido, es que esa dimensión expresiva, según Kahan, se estructura en base a un tipo de racionalidad determinada entendida como “racionalidad expresiva”. Así, el punto de partida planteado por Kahan:

The formal and conventional underpinnings of what different forms of affliction signify constrain society's options for condemnation. Just as it would be irrational for a person who wishes to express respect and affection for a friend to offer her money rather than shared experiences, so would it be irrational for society to attempt to condemn a wrongdoer by imposing an affliction that does not signify condemnation within that society. Punishment, as a language, has a vocabulary uniquely suited for getting its meaning across.⁶²

Esta consideración le permite a Kahan responder a la objeción generalmente aducida en contra de esta dimensión de la pena, según la cual la inflicción de un mal no sería justificable por la teoría expresiva dado que para la consecución de sus fines bastaría la condena verbal del hecho.⁶³ Si existe algo así como una racionalidad expresiva y por lo tanto el modo de expresar una afirmación es determinante para el sentido de la misma, entonces la forma del castigo es fundamental para que el sentido de condena moral de la pena sea

⁵⁸ Kahan, D., “What do alternative sanctions mean?”, pág. 2. La expresión proviene de Feinberg, J., “The Expressive Function of Punishment”, en *Doing and Deserving* (Princeton University Press: Princeton, 1970).

⁵⁹ Kahan, D., “What do alternative sanctions mean?”, pág. 2.

⁶⁰ Jakobs, G., *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, pág. 152.

⁶¹ *ibid.*

⁶² Kahan, D., “What do alternative sanctions mean?”, pág. 5.

⁶³ Al respecto véase Hart, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, (Stanford, 1963), pags. 65-66.

efectivo –en términos de que sea efectivamente percibido como convincente. Desde este punto de vista, la pura condena verbal no sería un sustituto adecuado de la inflicción de dolor en tanto su dimensión expresiva sería totalmente deficitaria traduciéndose en una trivialización de la respuesta penal.⁶⁴ La forma de la pena debe ser relevante en relación a su capacidad de expresar el reproche propio de un castigo penal. Su crítica a la pena de multa o de servicios a la comunidad consiste precisamente en que este tipo de penas no expresan suficientemente esa dimensión de reproche contenida en la reacción penal.⁶⁵

Ante esto, el acto de humillación tiene una fuerza específica: su potencial expresivo es altísimo dado que la humillación de una persona en público supone una afirmación clara respecto de la condena moral por la infracción cometida. Mientras esa condena sea perceptible de una manera particularmente dramática por la comunidad, el reforzamiento de las normas o los valores vulnerados – Kahan no hace la distinción- parece cumplirse más satisfactoriamente que con el “anonimato” de la cárcel. La dimensión de reproche de la afirmación “¡avergüénzate!” implicaría una revalorización más efectiva de los valores sociales.

Esta justificación de las “*shame penalties*”, sin embargo, admite una serie de observaciones. En primer lugar, es dudoso hasta qué punto la denigración y humillación de un sujeto efectivamente supone un reforzamiento de ciertos valores sociales. Una de las críticas al planteamiento de Kahan ha sido que la proliferación de los actos denigratorios tendría un efecto contraproducente, pues el dramatismo propio del “avergonzamiento” público –y que es esencial para la función expresiva- tendería a vanalizarse y el respeto por esos mismo valores se vería debilitado. Sin embargo, esta crítica apunta a la efectividad del castigo y por lo tanto sólo puede ser evaluada desde una perspectiva *ex – post*.

En segundo lugar, es usual encontrar la crítica según la cual la apelación a un reforzamiento de los valores comunitarios mediante el castigo haría de la función expresiva una teoría vinculada con una postura anti-liberal. Esta crítica obviamente sólo tiene valor desde una perspectiva liberal y debe ser recogida en esos términos. Sin embargo, como acertadamente argumenta Kahan, esto no es un problema de la función expresiva de la pena *per se*.⁶⁶ A esta función expresiva le pueden ser adscritos finalidades simbólicas de distinta índole, ya sea que se orienten a una condena moral o a una condena limitada a la legalidad. Juan Pablo Mañalich ha puesto de manifiesto lo anterior al justificar la función expresiva de la pena desde la perspectiva del reproche por un déficit de fidelidad al Derecho legitimado por la atribución de autonomía pública y autonomía privada al sujeto como dos formas de autonomía comunicativa. Esta atribución de autonomía presupone, por una parte, que el reproche de culpabilidad se legitima por la

⁶⁴ Kahan, D., “What do alternative sanctions mean?”, pág. 5.

⁶⁵ *Ibid* 16.

⁶⁶ Kahan, D., “What do alternative sanctions mean?”, pág. 3.

⁶⁶ *ibid* 16.

infracción imputable de una norma de comportamiento (y no un valor social) y, por otra parte, que esa exigencia de fidelidad a la norma no puede prejuzgar las razones de la obediencia de modo que el reproche es legítimo en tanto esté limitado por un mandato de neutralidad del Derecho.⁶⁷ En este sentido, en la versión de Mañalich, la función expresiva de la pena está supeditada a un reproche que es radicalmente distinto al que se refiere Kahan. Lo “anti-liberal” de la argumentación de Kahan en relación a la función expresiva de la pena se debe no a la función expresiva misma sino que a la postura comunitarista del propio Kahan.

Más allá de las observaciones anteriores, hay un punto que la explicación de Kahan no considera y que es fundamental para dar cuenta de una adecuada comprensión de la *praxis* punitiva: la distinción entre la sanción primaria y la sanción secundaria, es decir, entre el momento constitutivo de la condena y el de la pena. Desde el punto de vista de la reafirmación de los valores sociales contenidos en las normas de comportamiento, la sanción primaria es fundamental pues la condena supone la expresión de reproche de culpabilidad por el comportamiento infractor. En este sentido, la crítica de Kahan de que penas como la multa o los trabajos comunitarios no denotan de manera lo suficientemente clara lo particular de la reacción penal tiene mucho menos valor cuando se observa que lo constitutivo de la práctica punitiva, como una práctica orientada normativamente de manera retrospectiva en virtud del principio de culpabilidad, se despliega en primer lugar en el reproche contenido en la condena una vez que el hecho es tematizado como delito. Esto no implica dejar de considerar la relevancia del *output* del sistema -concretado generalmente en la pena privativa de libertad- en la definición de la práctica punitiva, sino que sólo supone afirmar que, antes que eso, la dimensión retroactiva del reproche penal se concreta ya en el hecho institucional de la condena. De este modo, no puede pretenderse cargar todo el valor de condena en la sanción secundaria; esto supone un desconocimiento de la operatividad del sistema punitivo.

Ahora bien, la exclusiva preocupación en la sanción secundaria tiene sentido en cuanto la tesis de Kahan se inscribe dentro de una versión de la prevención general positiva orientada hacia los efectos sociales de la pena, es decir, hacia sus efectos perlocucionarios. Desde este punto de vista, la pena como sanción secundaria es mucho más relevante para la satisfacción de los fines de la pena que la condena, lo que explica el interés de Kahan en la sanción secundaria y no en la sanción primaria. Pero es claro que, en Kahan, la función expresiva lo que pretende es vincular la dimensión de sentido de la pena a la dimensión de sentido de la condena y esta última se estructura necesariamente como un reproche en virtud de la verificación de culpabilidad (aun cuando ese reproche tenga la *función* de producir ciertos efectos sociales). De modo que el reproche de la condena para Kahan sólo tendría relevancia en tanto habilita la imposición de la pena, la cual, sin embargo, para que produzca el efecto de reforzamiento de las

⁶⁷ Mañalich, J.P., “Pena y Ciudadanía”, pags. 65 y ss.

normas, debe de todos modos expresar (simbólicamente) algún tipo de condena o reproche. Pero en ese caso el reproche deja de ser genuino por dos razones de las cuales la segunda examinaré con mayor atención en la sección siguiente: en primer lugar, el “reproche” contenido en la pena mediante el acto de humillación sólo tiene sentido para la producción de ciertos efectos sociales de modo que se trata en definitiva de una actitud obojetivante, no reactiva.⁶⁸ Ante eso parece tener sentido la crítica de la instrumentalización del sujeto, el cual es utilizado como “objeto de táctica social”⁶⁹. En ese sentido, la versión de la función expresiva de la pena de Kahan –por decirlo así- es poco honesta al pretender fundamentar una dimensión de reproche o condenatoria en el contexto de una pena que tiene por finalidad producir ciertos efectos sociales ajenos al sujeto que sufre la pena. En segundo lugar, la sola pretensión de fundamentar un reproche –independientemente de que se haga con finalidades ajenas al fundamento de la actitud reactiva- en un contexto de coacción como es la pena (más allá de que sea una pena denigrante) parece ser implausible. Pero sobre esto último volveré más adelante.

La función expresiva del “*shaming punishment*” poco tiene que ver con una genuina expresión de reproche. Bajo la argumentación de Kahan, la reafirmación de la vigencia las normas violentadas con el delito no puede ser vista como un compromiso con una forma de retribucionismo relativo o institucional que atiende al sentido ilocucionario de la pena, sino que se trata más bien de una variante de la prevención general positiva vinculada a los efectos sociales de la pena. La vigencia de las normas, desde este punto de vista, no tiene que ver con la validez de ciertas razones sino que con un determinado estado de cosas en la sociedad producido por la norma de sanción en su dimensión de sanción secundaria. De esta manera, el reproche “¡avergüénzate!” no es tal en el acto de humillación. Esto, desde un punto de vista prevencionista consecuente, no constituiría problema alguno; nunca ha sido preocupación de la perspectiva prevencionista la veracidad del reproche. Por eso, bajo la propuesta de Kahan, por una parte, tendría sentido la irrelevancia del efectivo avergonzamiento del sujeto que sufre la pena y, por otra parte, la crítica de Nussbaum sobre la actitud narcisista e infantil contenida en un acto de humillación sería inocua. El problema es que al erigir como fundamento del “*shaming punishment*” su dimensión expresiva de reproche como compensación del déficit expresivo de las otras penas⁷⁰, es decir, al pretender traspasar todo el sentido de reproche de la condena a la pena, Kahan debe asumir o algún tipo de compromiso con la veracidad de ese reproche –que haría contradictorio su planteamiento-, o, en caso de que no concurra lo anterior, el hecho de que su tesis supone una instrumentalización del sujeto condenado.

⁶⁸ Strawson, P.F., *Libertad y Resentimiento*, (Paidós: Barcelona, 1995) págs. 47 y ss.

⁶⁹ *ibid* 67.

⁷⁰ Es curioso que Kahan, por una parte, no pone en duda la aceptabilidad de la privación de libertad para los delitos más graves pero, por otra parte, tampoco demuestra la expresividad intensificada de reproche contenido en este tipo de pena.

En otros términos: al tratarse de una versión de la prevención general positiva basada en los efectos sociales (fundamentalmente fidelidad a los valores de la comunidad), es dudoso hasta qué punto la crítica de Nussbaum de la infantilidad y el narcisismo envuelto en la utilización de la vergüenza como modo coactivo de control social es relevante, dado que ésta última presupone un contexto de interacción orientada al entendimiento entre el sujeto y el Estado. Pero la pretensión de la teoría de Kahan de expresar directamente *reproche* y no (sólo) *defraudación* conlleva a que la función simbólica de la pena, entendida ésta como un acto de habla, no pueda tener como horizonte normativo a la tercera persona (del singular o plural) sino que a la primera y a la segunda persona del singular, es decir, a la perspectiva del partícipe en un contexto no estratégico. Esto es inconsistente con una teoría de la pena basada en los efectos perlocucionarios de ésta. El reproche que pretende argumentar Kahan no puede ser un verdadero reproche desde el momento en que sólo tiene relevancia en función de los efectos que produzca en terceros.

b) Dan Markel y la concepción confrontacional de la retribución:

El planteamiento de Markel es muy similar a lo que en la dogmática penal continental se ha denominado retribución relativa como una versión específica de la prevención general positiva.⁷¹ La idea de Markel, por ende, supone una consideración no-estratégica de la relación del individuo con el Estado el cual se orienta comunicativamente hacia los ciudadanos. En este sentido, según este planteamiento, se distinguen tres tipos de relaciones en el contexto de la práctica punitiva: (i) la relación confrontacional (*confrontational relation*); (ii) la relación de denuncia social (*socially denunciative relation*); y (iii) la relación de bien común (*common good relation*).⁷² Para efectos de la comparación con el tratamiento del “*shaming punishment*” que hace Dan Kahan, las dos relaciones relevantes son la primera y la segunda.

En el contexto de la relación confrontacional, Markel basa su “concepción confrontacional de la retribución” (CCR), según la cual la retribución puede ser justificada como una práctica social valiosa desde una perspectiva *ex-ante*, en tanto mediante la retribución se alcanzan ciertos “bienes” o estados de cosas valiosos para una sociedad que constituyen utilidades internas de la retribución.⁷³ Esos bienes corresponden en lo esencial a tres cosas: (i) la afirmación de agencia moral del agente mediante el acto de reproche penal; (ii) la realización de un grado de autonomía distribuido igualitariamente bajo el Derecho; y (iii) la defensa por parte

⁷¹ Al respecto, Cancio Meliá, M., y Feijoo Sánchez, B., “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”.

⁷² Markel, “Are Shaming Punishments beautifully retributive? Retributivism and the implications for the alternative sanctions debate”, pág. 11.

⁷³ *ibid* 14.

del Estado de la autoridad de su sistema de toma de decisiones concretado en las normas jurídicas.⁷⁴

La relación confrontacional se refiere al encuentro del Estado con el sujeto que ha delinquido y, dado que en ese contexto se despliegan los bienes de la retribución, esta relación está determinada por una característica esencial: se trata de un acto de interpelación en términos de reproche, es decir, como actitud reactiva.⁷⁵ Este reproche está dado por la verificación de culpabilidad del agente en relación a la infracción de la norma de comportamiento. En términos de Markel,

One might surmise that the retributive, or confrontational, relationship is also expressively condemnatory, since the state in its response is effectively saying, “You, the criminal, were wrong to have transgressed the law.” But the retributive relationship is different because it is less interested in expressing condemnation to the world and more interested in communicating the message of opprobrium to the offender.⁷⁶

La relación confrontacional supone la distinción entre una práctica comunicativa y una práctica expresiva del castigo.⁷⁷ La práctica comunicativa está dirigida hacia el sujeto en términos de orientación al entendimiento y por lo tanto lo considera un interlocutor normativamente válido. La pena es entendida así en su sentido ilocucionario de reproche y el propósito de ese reproche, según Markel, es siempre el mismo: afirmar la responsabilidad moral del infractor de la norma y disminuir la plausibilidad de cualquier pretensión, por parte del mismo sujeto, de usurpar poder estatal o de poseer un grado de superioridad por sobre el resto de los ciudadanos.⁷⁸ En ese sentido, el reproche penal materializa un reconocimiento del autor ya que su infracción se le imputa como merecida bajo la exigencia del principio de culpabilidad. Por el contrario, la práctica expresiva está orientada hacia interlocutores distintos del sujeto pero *mediante* el sujeto, con el fin de producir ciertos efectos sobre esos otros interlocutores. Esta práctica expresiva es la que gobierna la dimensión de denuncia social del castigo. La justificación del “*shaming punishment*” de Dan Kahan puede ser enmarcada dentro de esta dimensión.

La facticidad de la pena, es decir, la coerción desplegada sobre el autor del delito sirve, en la comprensión de Markel, como demostración de la negación de sentido de su reclamo de mayor libertad. Pero esta facticidad debe estar sujeta al significado de la negación que está dado por la interpelación; no puede desvincularse de la relación confrontacional que se da entre el Estado y el autor. Para Markel las exigencias que se derivan de esta vinculación no se reducen exclusivamente a la pregunta por la fundamentación de la pena, es decir, por el

⁷⁴ *ibid* 17.

⁷⁵ *ibid* 13.

⁷⁶ *ibid*.

⁷⁷ *ibid* 15.

⁷⁸ *ibid* 12.

“¿por qué penar?”⁷⁹ sino que también tiene implicancias para la pregunta por el “¿cómo penar?”. Una teoría retributiva en los términos de la concepción confrontacional de la retribución, según Markel, debe hacerse cargo de esta última pregunta.

En base a lo anterior, Markel descarta la posibilidad de que el “*shaming punishment*” pueda ser justificado a la luz de una tesis retribucionista en los términos planteados más arriba. Esto, por cuanto este tipo de penas tienen por función principal degradar al condenado, vinculándose más con la idea de revancha que de retribución⁸⁰, lo que implica un quiebre de la relación confrontacional entre el Estado y el sujeto, por dos razones: en primer lugar, porque la degradación pública tendría como consecuencia la negación de la idea de dignidad humana y de agencia moral propia de la relación de interpelación normativa, y en segundo lugar, porque el hecho de que el sentido de la pena dependa de la exposición pública supondría un quiebre de la relación bilateral y excluyente entre el Estado y el autor.⁸¹

El primer argumento de Markel se vincula más bien con una exigencia de justicia política que, en principio, es independiente de la justificación teórica de los fines de la pena, es decir, podría tener validez independientemente de la validez de la concepción confrontacional de la retribución. Sin embargo, lo interesante del argumento es que, en los términos en que está planteado, su operatividad depende de esta construcción teórica, dado que la exigencia de dignidad aparece no exclusivamente en relación al tipo de pena en sí (por ejemplo si la pena por su sola forma es atentatoria a la dignidad humana), sino que como exigencia derivada de la vinculación de la pena con el acto de interpelación. Por su parte, el segundo argumento también tiene sentido (o al menos tiene un sentido más fuerte) en tanto se refiere a la exigencia de vinculación del reproche penal con el tipo de pena.

En síntesis, el intento de justificación de la ilegitimidad del “*shaming punishment*” de Markel se traduce en la respuesta a una exigencia a la que está sometida toda tesis comprometida con una idea retributiva de la pena: la vinculación interna, es decir, la vinculación de sentido del reproche penal con la facticidad de la pena. Si una teoría de este tipo concibe a la interpelación como el momento constitutivo de *lo* penal, es decir, como el momento que define la

⁷⁹ No debe confundirse esta idea de fundamentación de la atribución de responsabilidad penal en términos del “por qué penar” con la idea de culpabilidad de fundamentación que se preocupa por la pregunta del si penar o no. Ambas, si bien se encuentran relacionadas, se mueven en planos distintos: la primera se vincula principalmente con la distinción entre culpabilidad material y culpabilidad formal, siendo la pregunta por el “por qué” el problema central de la culpabilidad material. La segunda se refiere fundamentalmente a la distinción entre culpabilidad de fundamentación y culpabilidad de determinación, tratándose la pregunta por el “si” de la problemática de la culpabilidad de fundamentación.

⁸⁰ *ibid* 12.

⁸¹ *ibid* 27.

estructura de la reacción punitiva, y si la pena se legitima sólo con cargo a la condena –a la interpelación normativa-, entonces la teoría no puede dejar de hacerse cargo de la exigencia de vinculación de estos dos momentos como una exigencia de legitimidad de la práctica punitiva en su totalidad. Sin embargo, la plausibilidad de esto es una cuestión que aun cabe examinar.

5. Interpelación normativa e irrogación del mal

La tesis de Markel se encuentra frente a una dificultad similar a la de Kahan. El punto de partida de esta dificultad radica en la no consideración de la distinción entre sanción primaria y sanción secundaria como dos momentos cualitativamente distintos. Para Markel, la ilegitimidad del “*shaming punishment*” desde un punto de vista retributivo, obedece al siguiente razonamiento: a) existe una dimensión de sentido en el reproche contenido en la condena que exige el reconocimiento del autor como un agente moral; b) lo anterior constituye un bien intrínseco del retribucionismo; c) desde el punto de vista retributivo, toda pena debe incorporar esa dimensión de sentido; d) el “*shaming punishment*” niega esa dimensión de interlocución porque atenta contra la dignidad humana; e) el “*shaming punishment*” no puede ser justificado desde una perspectiva retribucionista comprendida correctamente como lo hace la CCR.

El problema de la tesis de Markel es que cuando habla de la relación confrontacional en términos de interpelación se refiere continuamente al hecho institucional de la condena, y al tomar en consideración a la pena, como irrogación de un mal, sólo la entiende como una evidencia de la negación de la pretensión expresada por el autor. Desde el punto de vista de la exigencia de correlación de sentido entre ambos momentos, esto parece ser un paso apresurado. La condena como hecho institucional constituye una instancia con características muy particulares. En efecto, la idea de interpelación presupone la comprensión de todo el proceso penal como *constitutivo* de esa interpelación. A este respecto resulta crucial el rol que juega el principio de la legalidad, en tanto su aplicación al proceso constituye una condición necesaria de la existencia de la interpelación puesto que dicho principio juega un rol constitutivo en el proceso. La interpelación sólo tiene un sentido institucional (y por ende *es* interpelación) si la forma en que se lleva a cabo está definida por una serie de reglas legales que dotan de racionalidad al proceso. Por eso, la legalidad está analíticamente implicada en la idea de interpelación. Asimismo, las garantías constitucionales expresadas en la idea del debido proceso constituyen requisitos de imparcialidad de este último que traen como consecuencia la posibilidad de que la relación entre el Estado y el acusado esté constituida como una interacción en términos comunicativos. Es en este preciso sentido en que la condena puede ser entendida como la materialización de una oferta incondicionada de interacción comunicativa que hace el Estado al ciudadano.⁸²

⁸² Mañalich, J.P., “Pena y Ciudadanía”, pags. 66 y ss.

Por el contrario, la pena es antes que todo la irrogación de un mal, es decir, coacción. Sin perjuicio del valor simbólico que pueda atribuírsele, la facticidad de la pena impone una circunstancia que es ineludible, a saber, la inflicción de dolor (no necesariamente en un sentido físico, pero al menos en términos de lesiones graves de derechos). La afectación de derechos fundamentales no es vista como una circunstancia indeseada pero a la vez necesaria que deba ser compensada –como sería el caso en el proceso antes de la dictación de condena-, sino que se trata *precisamente* de su sentido; y eso claramente constituye una diferencia radical entre la condena y la pena. Fácticamente la pena es coacción, pero también en el nivel de su sentido (de su dimensión simbólica) la pena pretende coaccionar. Esto implica que pueda ponerse en duda la plausibilidad de la vinculación de la condena con la pena en términos de que ésta última sea entendida como la expresión del reproche (interpelación normativa) propio del momento de la condena. Las circunstancias de la interacción comunicativa, que son el presupuesto de la interpelación y de la, subsecuente, auto-confirmación institucional, se rompen con la pena. Desde ese momento, la relación de relativo equilibrio entre el Estado y el ciudadano se quiebra por definición, pues la pena es siempre coacción. La orientación al entendimiento y la coacción son totalmente excluyentes.

Por lo tanto el argumento de Markel es incorrecto. El problema no es que el “*shaming punishment*” por ser degradante no pueda ser justificado a la luz de la CCR dado que rompe la relación confrontacional, sino que cualquier pena, sólo por el hecho de ser pena, ya supone una ruptura de esa relación, y, por lo tanto, no podría incluir la dimensión de interpelación. El error de Markel radica en la no consideración de la distinción entre la sanción primaria y la sanción secundaria, como dos momentos constitutivos pero distintos de la práctica punitiva. Al hablar de la relación confrontacional, este autor se está refiriendo constantemente al momento de la condena y por lo tanto utiliza una categoría conceptual, como es la CCR, en un contexto en el que dicha categoría no puede tener sentido.

De las inconsistencias de los argumentos de Kahan y Markel, pareciera concluirse que la condena y la pena no pueden pretender tener una dimensión interna de sentido entre ambas. De este modo, parece relevante también examinar la plausibilidad de una efectiva “subordinación de la facticidad de la pena a su función expresiva de manifestación de decepción”⁸³ como es la pretensión de Juan Pablo Mañalich en su trabajo “Pena y Ciudadanía”. Al respecto, Mañalich sostiene que,

La imposición y la *ejecución* de la pena han de verse como la materialización del reproche sobre la persona del condenado por su déficit de lealtad comunicativa.⁸⁴

⁸³ *ibid* 74.

⁸⁴ *ibid* 75. Énfasis agregado.

La pretensión de exigir la “funcionalidad de la consecuencia institucional del reproche a su sentido comunicativo”⁸⁵ es consecuente con la fundamentación de la pena desde un punto de vista retributivo. Pero parece poco justificable como una necesidad lógica por la coherencia interna de la teoría. Según Mañalich, la pérdida de ciudadanía por pena aflictiva en Chile (como una consecuencia accesoria asociada jurídicamente al reproche) significaría una contradicción performativa del reproche penal contenido en la condena considerado como acto de habla. La formulación de un reproche siempre presupone un horizonte normativo que liga a quien formula dicho reproche con su destinatario (de ahí la semejanza de esta tesis con la defendida por Markel). En el caso del reproche penal, dicho horizonte corresponde a la validez de la norma quebrantada por el infractor y esa validez depende de que “la norma pueda seguir siendo reconducida al procedimiento en el cual todos los sujetos que pueden ser sus destinatarios puedan verse, a su vez, como sus autores.”⁸⁶ Si como consecuencia del reproche penal –es decir, no *previamente* al reproche sino que *a raíz* de éste- el sujeto pierde su calidad de ciudadano, entonces dicha validez se ve mermada y por lo tanto se niega un presupuesto del éxito ilocucionario del reproche. La conclusión que Mañalich obtiene de lo anterior es que “el condenado debe seguir siendo ciudadano para que las consecuencias del reproche puedan justificarse como comunicativamente racionales”.⁸⁷ El problema de esta formulación es que plantea la vinculación interna de sentido entre el reproche y la pena (o sus medidas accesorias) como una cuestión de racionalidad del reproche, por lo tanto como una cuestión analítica. Puede aceptarse por distintas razones que las consecuencias del reproche materializadas en la pena no puedan desvincularse de los presupuestos de dicho reproche, pero no por el hecho de que la pena deba tener una vinculación interna de sentido con la condena en términos de racionalidad comunicativa. La pena no podría pretender expresar reproche en los mismos términos que la condena porque, como vimos, la orientación al entendimiento y la coacción son por definición excluyentes. Siguiendo a Mañalich, desde luego podría considerarse que la ciudadanía es un presupuesto del reproche penal; pero sólo sería un presupuesto de legitimidad de la pena (desde su racionalidad comunicativa) si es que, a su vez, se presupone una vinculación interna de sentido entre ésta y el reproche como interpelación: esto es justamente lo que no parece posible fundamentar.

En este sentido, adquiere especial relevancia la afirmación de Jakobs según la cual,

(l)a manifestación de la inadecuación del hecho delictivo para constituir un punto de arranque comunicativo tiene lugar a través de un recorte más o menos intenso de la libertad, y, con ello, del alcance comunicativo del

⁸⁵ *ibid.*

⁸⁶ *ibid* 76.

⁸⁷ *ibid.*

delincuente, cuya incompetencia se manifiesta de este modo simbólicamente: se le ejecuta o se le impide el uso de sus facultades encerrándolo, se le priva del medio principal de intercambio para obtener libertad, del dinero, entre otras cosas, en resumidas cuentas: *al autor se le suspende total o parcialmente como destinatario y emisor en la comunicación.*⁸⁸

Para Jakobs la pena supondría la manifestación simbólica de la incompetencia del autor (en relación al acto delictivo) justamente mediante la suspensión de su condición de partícipe en la interacción comunicativa. Que esta consideración sea adecuada o no a la luz de ciertos presupuestos de justicia política no importa acá. Lo relevante reside en que la afirmación de Jakobs da cuenta de la particularidad de la pena como relación entre el ciudadano y el Estado: al ser coacción, la pena no puede ser considerada como una interpelación normativa en los términos de una oferta incondicionada de orientación al entendimiento (que es justamente todo el sentido de la condena). Esto no significa que la inflicción de dolor no pueda ser entendida simbólicamente. Siguiendo a Hegel, Jakobs considera que “el dolor es también un *elemento simbólico*, significa algo, a saber, que la máxima configurada por el autor es irrelevante, siendo relevante la del ordenamiento jurídico”⁸⁹. También en Kahan, a partir de la idea de racionalidad expresiva, el sufrimiento de quien recibe una pena pretende ser entendido como algo simbólico. Lo que no puede justificarse es que la consideración simbólica del dolor que supone una pena se subordine a la dimensión de interpelación comunicativa contenido en el reproche de culpabilidad. De este modo, la pretensión de Markel y, parcialmente, de Mañalich de incluir en la pena (y en sus consecuencias accesorias) la dimensión de sentido del reproche no puede fundamentarse en esta sola consideración. Es necesaria la concurrencia de razones adicionales que hagan legítima tal exigencia. No es casualidad, por lo tanto, que para Jakobs la facticidad de la pena no pueda justificarse con miras a la pura auto-confirmación normativa del sistema punitivo mediante el acto de condena, sino que necesite de una explicación adicional: la pena, en Jakobs, no sólo tiene un *significado* (la contradicción de la negación de la vigencia de lo expresado por el delincuente), sino que también una *finalidad*, a saber, la “salvaguardia *cognitiva* de la vigencia de la norma”⁹⁰. Esa cimentación cognitiva se ve erosionada con el delito puesto que “el hecho muestra (una vez más) que hay que contar con la producción de quebrantamientos de la norma”⁹¹ por lo que la pena cumple la finalidad de orientar cognitivamente al transformar al hecho en una empresa fracasada. Este giro de Jakobs hacia consideraciones fácticas puede ser entendido como una consecuencia de la dificultad en establecer una conexión interna de sentido entre la condena y la pena.

¿Implica lo anterior necesariamente que la desvinculación deba ser absoluta? Una cosa es que al parecer no pueda existir una relación interna entre la

⁸⁸ Jakobs, G. *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, pág. 133. Énfasis agregado.

⁸⁹ *ibid* 134.

⁹⁰ *ibid* 141.

⁹¹ *ibid* 12.

interpelación normativa de la condena y la ejecución de la pena, y otra distinta es que todo tipo de vinculación deba quedar excluida directamente. A este respecto, no puede dejarse de lado el hecho de que la condena y la pena se encuentran en una relación de legitimidad recursiva: la pena no puede justificarse si no es con cargo a la condena. Asimismo, la condena es legítima sólo en tanto se trate de un reproche de culpabilidad, es decir, sólo si existe un grado de culpabilidad suficiente imputable al actor. La legitimidad de la pena, por ende, depende de la constatación de culpabilidad. Esto supone que la imposibilidad de justificar una vinculación interna de sentido como interpelación normativa entre la condena y la pena, no niega, sin más, la posibilidad de establecer algún tipo de vinculación entre ambas. Esta vinculación no podría ser analítica, pero sí podría depender de la consideración de culpabilidad y de sus consecuencias. En este sentido, y volviendo al problema del “*shaming punishment*”, el análisis de Nussbaum toma importancia desde dos puntos de vista.

Por una parte, bajo una consideración de justicia política, lo que expresa el acto de humillación -en tanto pueda trasladarse la explicación de lo subjetivo de la vergüenza a lo intersubjetivo de la humillación- es una cuestión problemática para la justificación de una institución como el castigo en el contexto de un Estado democrático de Derecho. En este sentido, lo verdaderamente problemático del “*shaming punishment*” radica no tanto en lo que Nussbaum entiende como una actitud inmadura o infantil, sino que más bien en lo que se expresa en el “*shaming punishment*”. El problema de la explicación de Nussbaum es su excesivo psicologismo, pues centra mucho la atención en las subjetividades del emisor y del receptor del reproche otorgando muy poca importancia a la significación simbólica del reproche mismo. Es difícil concebir una actitud inmadura y narcisista subyacente a la dimensión simbólica de esta pena. Lo que sí es posible comprender es lo que ésta expresa simbólicamente: la defraudación del sujeto en relación a un ideal determinado de persona, la defraudación frente a un ideal de *perfección*. Es en ese sentido que el argumento de Nussbaum adquiere un mayor desempeño discursivo puesto que, desde una justificación liberal del *ius puniendi*, dicha significación simbólica es ciertamente problemática. La idea de la exigencia estatal en alcanzar un ideal de perfección se relaciona con lo que Nino ha considerado como una postura moral directamente anti-liberal, a saber, el llamado *perfeccionismo*.⁹² Este último niega el principio de autonomía personal que prohíbe cualquier interferencia con la libre elección de ideales de excelencia humana. Una función central del principio de culpabilidad es justamente establecer un mandato de neutralidad para el Derecho Penal en relación a las razones que tienen los ciudadanos para obedecer las normas punitivas. Estas razones están internamente vinculadas con los ideales de virtud personal con los que cada uno quiera orientar su vida, de modo que este tipo de perfeccionismo es problemático a la luz de la fundamentación de justicia política del principio de culpabilidad.

⁹² Nino, C.S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, (Gedisa: Barcelona, 1997), págs. 76 – 77.

Por otra parte, desde un punto de vista dogmático, la posibilidad de vincular el reproche que supone la interpelación de la condena con la pena, mediante la culpabilidad, adquiere especial relevancia cuando se examina la otra gran característica de la vergüenza: a diferencia de la culpa, la vergüenza está referida a la persona en su totalidad (y no sólo al acto), de modo que el sentido del acto de humillación se vincula con un juicio sobre el infractor que va más allá de la mera conducta delictiva. No se trata de un juicio que se realiza *por* el acto sino que más bien *con ocasión* de éste. De este modo, una pena cuyo sentido primario sea avergonzar puede ser problemática a la luz de las exigencias impuestas por el principio de culpabilidad. Este último exige la concurrencia de un conjunto de circunstancias de imputación que permiten atribuir el hecho al sujeto, imputárselo como *suyo*. Como mínimo se exige la existencia de una acción.⁹³ Esto es lo que diferencia a un derecho penal del hecho de un derecho penal del autor. Se establece, así, una estricta separación entre el hecho realizado por el autor y la persona misma del autor (de hecho, la consideración de la persona del autor se vincula a cuestiones de peligrosidad, las cuales justamente exceden el juicio de culpabilidad).⁹⁴ El significado simbólico del “*shaming punishment*” difuminaría esta distinción, pugnando así con las exigencias del principio de culpabilidad. Para afirmar esto, sin embargo, habría que considerar que el grado de vinculación entre la condena y la pena debería estar referido a ciertas exigencias derivadas de este principio. Dado que este último legitima –mediante una primera legitimación de la condena– la ejecución de la pena (como una condición necesaria pero no suficiente), podría a su vez también establecer ciertas exigencias en relación a la pena misma, y más precisamente al tipo de pena de que se trata. El principio de culpabilidad estaría referido no sólo al *si* y al *cuánto* de la pena sino que también al *cómo*. Si esto fuera así, desde luego que un derecho penal de la culpabilidad tendría dificultades en aceptar un tipo de pena como el “*shaming punishment*”.

En definitiva, el examen del “*shaming punishment*” a la luz de la distinción entre el acto interpelativo que supone la condena y la ejecución de la pena permite comprender las dificultades que, desde el punto de vista de un derecho penal estructurado en torno a la idea de culpabilidad, surgen para su justificación. Tanto por consideraciones de justicia política como por consideraciones sistemáticas, su legitimidad parece ser, al menos, cuestionable. Esto supondría, no obstante, fundamentar previamente, y con mayor conclusividad, una relación fuerte entre el rol del principio de culpabilidad y la forma de castigo penal, cuestión que merece un análisis más exhaustivo del que aquí se ha podido desplegar. Sin perjuicio de lo anterior, el ejemplo concreto de este tipo de penas permite dar cuenta de la compleja relación existente entre la condena penal y la pena. Las diferencias

⁹³ Esto permite dar cuenta de las dificultades para justificar los delitos de posesión o de mera tenencia (*vgr.* pornografía infantil o drogas) a la luz del principio de culpabilidad. La pregunta relevante en este contexto es en qué medida el poseer o tener algo constituye realmente una acción.

⁹⁴ Al respecto, Bascuñán, R., A., “Delitos contra intereses instrumentales” en 1 *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Comentario de la jurisprudencia del año 2003*, págs. 314 – 329.

cualitativas entre una y otra suponen, en último término, una mayor exigencia para la coherencia de las actuales teorías retribucionistas de corte analítico: del mismo modo en que no es posible equiparar la función de invalidación o desconocimiento institucional de actos ilícitos propia de todo sistema jurídico que pretende mantener su consistencia interna (por ejemplo, en los casos de nulidad en materia civil) a la necesidad de derivar una norma sancionatoria penal de la sola existencia de una norma de comportamiento, es decir, como si esto último fuese una necesidad analítica como sí lo es lo primero, tampoco es posible vincular automáticamente esta función de invalidación a la función de la pena. Y en ambos casos por la misma razón: desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales, dicha vinculación directa implica desconocer que, cuando se trata de la función de invalidación del sistema jurídico, la afirmación de la validez de la norma de comportamiento (no necesariamente penal) –mediante la aplicación de una sanción- no implica una nueva distribución de autonomía, mientras que, ante el establecimiento de una norma punitiva y, por cierto, ante la ejecución de la consecuencia contenida en ella, el solo desconocimiento institucional no basta para la afirmación de la validez de la norma de comportamiento infringida sino que además concurre una redistribución de autonomía donde el costo de la afirmación -en términos de derechos fundamentales- recae selectivamente en el infractor. Sin perjuicio de las eventuales afectaciones de derechos fundamentales instrumentales al juicio, la condena supone un tipo de invalidación que, al no implicar una nueva distribución de autonomía (salvo en términos potenciales), puede ser entendida como una derivación necesaria ante la tematización de un hecho como delito. No así la pena, que en su despliegue fáctico y simbólico impone una nueva distribución de autonomía que es distinta a la que había con la sola existencia de la norma sancionatoria. En este sentido, que la pena cumpla una función de invalidación del hecho delictivo *en los mismos términos* que la condena, y que, por ende, su facticidad pueda subordinarse a la del reproche contenido en ésta, parece discutible. Esta constatación es impuesta por la particularidad coactiva de la pena en su ejecución y supone una dificultad que el llamado retribucionismo relativo, basado en una idea de retribución normativa, está llamado a enfrentar.