

El sentido de las emociones en el Derecho penal*

Recibido 21/08/2013 - Aprobado 27/09/2013

MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ**

Resumen

En este artículo se revisa el papel que juegan –o deben jugar- las emociones en el derecho y, más concretamente, en el derecho penal. Se examinan además los posibles efectos que para el derecho penal tiene –o tendría- la admisión de penas cargadas de emociones, así como el papel que debería jugar la racionalización de la pena en dichos supuestos.

Palabras clave

Derecho penal, pena, emociones, castigo, racionalización, retribución, vergüenza.

Abstract

This article is a review of the role that emotions should have in law and, more specifically, in the criminal law. It also examines the possible effects it has -or should have- for the criminal law, the admission of emotionally charged penalties and the role that should be played by the rationalization of punishment in such cases.

Key words

Criminal law, emotions, punishment, rationalization, retribution, shame.

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación "La incidencia de la violencia en la eficacia de los derechos" (DER2010-20826-C02-02/JURI), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

** Profesora Universidad de Zaragoza. Contacto: mbernuz@unizar.es

Sumario

1. Introducción.
2. Las emociones en el Derecho.
3. Las emociones en el delito y el castigo.
4. La culpa y la vergüenza como emociones instrumentales del castigo.
5. Conclusiones.

1. Introducción

El mundo del Derecho parece tener un problema con las emociones. Al menos se diría que así es en el Derecho continental¹. De un lado, nos parece evidente afirmar que nuestra vida y acciones tienen tanto de racional como de emocional sin que podamos muchas veces distinguir donde empiezan unas y acaban otras, ni que sepamos establecer claramente si la razón condiciona las emociones o si éstas son racionales o racionalizadas socialmente. De otro lado, nos cansamos de decir que el Derecho es como el aire, que es ubicuo y está en todo y por todas partes, que regula casi todos los espacios y rendijas de la vida social – y no tan social–. De hecho, el Derecho tiene entre sus funciones principales la de regular la vida social, el comportamiento de las personas y, con ellos, también controla y supervisa la vida emocional de las personas. Al tiempo que, inevitablemente, el Derecho se construye sobre una serie de presupuestos sobre cómo responderán (emocionalmente) las personas a determinados estímulos (Bandes 2008, 389). Sin embargo, resulta curioso que si aceptamos que el Derecho regula la vida, parece que no asumimos que ese mismo Derecho tenga algo que ver con las emociones inherentes a la misma.

Esa misma paradoja se produce más intensamente en el ámbito más preciso del Derecho penal. De hecho, esa pretendida neutralidad y asepsia emocional aún resultan más llamativas porque ese ámbito del ordenamiento jurídico intenta resolver situaciones conflictivas de las personas que, entre otras cosas, ven afectada su salud mental y emocional por la comisión de un delito. Pero se diría que cuando la vida con todas sus tensiones llega al Derecho y al Derecho penal, aquélla se racionaliza – o se intenta racionalizar–, se secan las emociones. Ante la evidencia de esta realidad, podríamos afirmar que sigue imponiéndose y seguimos creyéndonos el concepto de Derecho que se impone con la Ilustración y con él su idea de racionalidad total y separación nítida del mundo emocional y la vida real. Y lo hace desconociendo toda la tarea y el empeño iniciados por los movimientos antiformalistas y después consolidada por corrientes de pensamiento de distinta índole, por deshacer este mito que supone

1 De hecho, la literatura jurídica anglosajona lleva desde la década de los 80' explorando la cuestión de la relación entre instituciones jurídicas y judiciales y emociones. Para una revisión de la evolución de los estudios y avances sobre esta cuestión, así como una sistematización de los mismos, puede verse el estado de la cuestión que realiza MARONEY (2006) o ABRAMS y KEREN (2010).

identificar Derecho y razón y considerar el proceso de aplicación del Derecho como un proceso silogístico.

Este artículo pretende reivindicar o evidenciar algo que no siempre es evidente, esto es, que el Derecho – todo él– es emocional, que no puede dejar de serlo. Y lo es por muchas razones. Para muestra un botón. De alguna forma podemos afirmar que el Derecho es emocional a lo largo de toda su vida y existencia: su concepción, discusión y aprobación, aplicación e implementación e, incluso, su derogación tienen que ver con la expresión y la canalización de emociones individuales o grupales. Así, el Derecho se encarga de regular, premiar y castigar determinadas emociones expresadas individual o colectivamente. Además, la misma producción y aplicación del Derecho responde y genera una serie de reacciones emocionales en los ciudadanos como individuos o como colectivo. De hecho, cuenta con ello.

No obstante, este breve trabajo se centra en la utilización y gestión de las emociones en el contexto del Derecho penal y las políticas criminales; haciendo una mención especial al uso de las emociones en el castigo penal y en la forma de comprender la justicia penal. De un lado, vemos cómo el castigo para ser eficaz recurre a emociones secundarias como son la culpa –principalmente– o la vergüenza –en los últimos tiempos–. De otro lado, se consolida la justicia restaurativa como alternativa y complemento a la justicia penal tradicional, reivindicando abiertamente un espacio para las emociones en la realización de la justicia. Como ya avanzaba, quizás el interés por las emociones en el contexto del Derecho penal tiene que ver con el hecho de que, junto al derecho de familia, se trata de un ámbito del Derecho que gestiona y produce las emociones más intensas. Más que negarlo, parece más prudente asumir desde el principio que el material con el que trabajamos es un material sensible, que el Derecho contiene y regula emociones, que el Derecho es emocional². Mejor asumir esa premisa, que vivir en la ceguera de que trabajamos con un Derecho racional y neutro.

2. Las emociones en el Derecho

Después de la presentación, algo que parece claro es que partimos del presupuesto de que, lo queramos aceptar o no, las emociones sí que cuentan para el Derecho. Son varias las razones que nos llevan a pensar que no podemos excluirlas “por decreto”³. Para empezar y sobre todo porque creo que tenemos más o menos

2 De hecho, en el contexto anglosajón la referencia al "Derecho emocional" parece que está totalmente consolidado. De hecho, BANDES (2008, 387) asegura que si en 1998 se discutía sobre si las emociones formaban parte del Derecho y las instituciones, diez años más tarde se discute sobre cómo interaccionan el Derecho y las emociones y qué tipo de emociones se implican en ello.

3 Aunque, como dice POSNER (2008, 4), "la teoría normativa legal dominante todavía no se ha ocupado de las emociones".

claro que en nuestras relaciones sociales, en nuestros comportamientos y actitudes hacia los demás hay tanto componentes racionales como emocionales. Además, razón y emoción no conforman departamentos estancos y, *de facto*, no es fácil distinguir el componente racional o el emocional de nuestras acciones. Sea, porque las decisiones que consideramos tomadas fría y racionalmente, en realidad tienen mucho de emocional⁴. Sea, porque las emociones son construidas racionalmente, pero también social y grupalmente⁵. O porque partimos de la premisa de que tenemos un cierto margen para controlar –racionalmente– las emociones que generan una serie de consecuencias indeseadas⁶. En esa línea, dirá Nussbaum (2006, 21– 22) que juzgamos a las emociones por si resultan correctas o apropiadas y exigimos de los demás que cultiven determinadas emociones.

Así pues, emociones y razón son ámbitos interrelacionados e inseparables. Más precisamente, González Lagier (2009, 106) recuerda que en

(...) todo episodio emocional hay dos fases: la fase de ‘aparición de la emoción’ y la de ‘control de la emoción’. En la primera fase, la emoción se genera cuando una persona con ciertos objetivos y creencias evalúa que lo que está ocurriendo es perjudicial, amenazador o beneficioso para él. En la segunda fase, tratamos de controlar la expresión de la emoción y la tendencia a la acción que genera, de acuerdo con nuestro interés, en mantener cierta relación con los demás. Pues bien ‘la razón juega un papel en ambas fases’, porque tanto la valoración que despierta la emoción como el control de la misma están sometidos a ella.

Si llevamos esa enmarañada relación entre emociones y razón al ámbito del Derecho, tenemos que acordar que estamos ante un derecho emocional. Algo que, como decía, se hace más explícito en el ámbito más preciso del Derecho penal. Los autores dan cuenta de algunas de las situaciones en que el Derecho tiene en cuenta e integra emociones que, en principio, se encuentran ocultas. Así, por ejemplo, se pone de manifiesto que el ordenamiento jurídico no sólo hace referencia a actos externos,

4 La autora expone las dos principales tendencias sobre la cuestión. Una que considera que los procesos regulatorios están dirigidos por la cognición. Otra, que asume que las emociones son construidas cognitivamente porque sólo a través del proceso de reflexión las emociones se convierten en reales (LANGE 2002, 202)

5 Apunta la autora (LANGE 2002, 203) la idea de que la energía emocional tiene un componente cognitivo y racional porque se espera conseguir algo con esas emociones, como por ejemplo, formar parte de un grupo o conseguir la posición dominante en una interacción. BARNES (2008, 388) asegura que no podemos entender las emociones como algo exclusivamente interno, sino construido y discutido socialmente y que, a su vez, aspira a conformar las instituciones sociales.

6 En ese sentido, POSNER (2005, 7) considera que esa idea de que "el interlocutor no es completamente responsable de sus actos ya que estaba bajo el efecto de sus emociones (...) es errada". Asegura que se espera de las personas que eviten las situaciones que les puedan llevar a que emerjan determinadas emociones para evitar así las consecuencias.

sino que, en ocasiones, también tiene en consideración "las intenciones del agente, sus deseos, creencias y motivos" (González Lagier 2009, 16)⁷. Igualmente parece apreciable que los planteamientos y conclusiones a los que ha llegado la psicología en general y la psicología social en particular han sido tenidos en cuenta y asimilados por el Derecho penal y vemos cómo, ante la comisión de un delito, se tienen en cuenta algunas emociones como atenuantes (ira), en tanto que otras serán consideradas como agravantes (odio)⁸. Además de ello, se utilizan emociones como la culpa y la vergüenza para respaldar el cumplimiento y la eficacia de las normas sociales y también jurídicas. Asimismo, se diría que es la existencia de una emoción o un sentimiento común o compartido —a veces, casi global, podríamos decir— la que hace que algunos delitos contra las personas o contra la propiedad estén regulados en casi todos los ordenamientos jurídicos del planeta con mayor o menor intensidad (ibíd., pp. 18-19)⁹. También podemos apreciar cómo la justicia restaurativa — en sus distintas manifestaciones y expresiones— se consolida como una forma de hacer justicia que integra en su estructura la valoración y respuesta a emociones que el Derecho y la justicia penales clásicos no podían o no querían integrar. Por último, aunque sin pretensión de cerrar la lista de posibilidades, se asegura que una educación emocional logrará fomentar que los individuos empaticen más fácilmente con los intereses del resto de ciudadanos evitando y previniendo, hipotéticamente, la comisión de otros delitos¹⁰.

De los apuntes realizados podemos concluir que son altamente emocionales los procesos de gestación, producción y aplicación del Derecho. Para Lange (2002, p.

7 Asegura el autor que "el derecho, como es sabido, prevé un catálogo de circunstancias que modifican la responsabilidad penal ante la intervención de las emociones, como las circunstancias de arrebató y obcecación, el miedo insuperable, el arrepentimiento espontáneo, la circunstancia mixta de parentesco, entre otros." (GONZÁLEZ LAGIER 2009, 17). También BROOKS (2012, 282-283) asegura que el Derecho penal analiza las acciones teniendo en cuenta tres elementos: las intenciones, los actos y las consecuencias. Sin embargo, destaca que los actos y consecuencias siempre son analizados en función de las intenciones con que fueron realizados y provocados. De manera que, en función de las intenciones, no siempre serán reprobables o merecerán un menor castigo.

8 POSNER (2008, 8) asegura que cada emoción provoca una acción diferente: la ira genera una tendencia a arremeter, el asco a retirarse, la pena a distanciarse, el miedo a huir, la lástima a ayudar... También destaca que "las habilidades pueden cambiar ante la presencia de una emoción". MIHAI (2011, p. 602) destaca la ambivalencia en el uso de las emociones en el Derecho penal que abre el margen de discrecionalidad en la apreciación de las circunstancias modificativas de la voluntad.

9 Aunque los autores están de acuerdo en que hay algunas emociones básicas compartidas por la mayoría de la humanidad, sin embargo, también se destaca que son diferentes las formas de comunicar esas emociones a los demás, la forma de sentirlas y de interpretarlas (BANDES 2008, p. 389).

10 En esa línea, POSNER (2008, 11) apuesta por que las personas cultiven las emociones. Asegura que "las personas son auto conscientes y generalmente (aunque no siempre) conscientes de sus disposiciones emocionales, y capaces de reconocer cuándo estas disposiciones emocionales los llevan por el mal camino y entonces toman pasos para modificarlas".

206), la relación entre el ámbito legal y social de las emociones es muy estrecho porque la producción y exteriorización de las emociones depende de un determinado entorno social y porque esas mismas emociones –socialmente concebidas– crean estructuras sociales, esto es, distintas formas de gobierno y de legislación. Así, se puede hablar de proceso emocional porque la regulación legal puede surgir como consecuencia de una serie de exigencias sociales o puede promoverse para fomentar un cambio de actitudes y comportamientos de los individuos o los grupos. Al margen de que su creación o no, así como la forma en que se aplica e implementa, también genera una serie de procesos emocionales expresados individual o colectivamente y que se traduce en un mayor o menor grado de crítica, obediencia o desobediencia de las normas¹¹. En ese sentido, también se apunta que, aunque partimos de la idea de que la producción normativa es consecuencia de discusiones y consideraciones racionales, se están produciendo aperturas hacia otras formas de racionalidad, como la comunicativa, y se defiende que las emociones tienen un espacio importante en una forma de elaborar el derecho tanto desde abajo como desde arriba¹². Asimismo, existen lo que se ha denominado “leyes de la emoción” que regulan cómo se tienen que sentir y cómo deben actuar los actores jurídicos y sociales en una determinada situación o les orientan de cara a encontrar su lugar en una determinada relación porque lo que en última instancia hacen los operadores es gestionar emociones individuales y colectivas¹³.

Como avanzábamos al inicio, el Derecho no puede dejar de ser emocional porque, como se afirma cada vez con más fuerza, las sociedades en que se cuaja son también cada vez más emocionalizadas –aunque sea en la distancia alentada por la tecnología y los medios de comunicación– y porque las emociones, aunque vividas individualmente, son construidas socialmente. Sobre esa cuestión de la conformación de sociedades progresivamente emocionales, asegura Lange (2002, pp. 200-201) que, de entrada, la podemos apreciar en el recurso que se hace constantemente a las emociones en el discurso público. La política que gesta y da forma al Derecho mira a la galería de la que depende electoralmente e intenta convencer al público, no tanto a través de la razón y

11 Es evidente que las políticas de reducción de los derechos sociales han generado incontenibles sentimientos de rabia, desesperación, dolor que se han expresado tanto a nivel individual como colectivo, por las vías previstas para la reclamación de derechos, como por otras vías que surgen de la incapacidad de las vías ordinarias para resolver los problemas de los ciudadanos.

12 Y ello dejando al margen la consideración de que, en numerosas ocasiones, la producción normativa tiene más que ver con la defensa y promoción de intereses sectarios que con la protección de intereses colectivos que, en principio, avalarían la 'racionalidad' de las normas.

13 En el caso de los jueces, dirá MARONEY (2011, 1490) que hoy en día se espera que los jueces "gestionen sus emociones, sea evitando que éstas surjan, sea bloqueando su influencia. De hecho, el autor propone un modelo para regular las emociones judiciales.

de las razones, sino del recurso más fácil e inmediato a los sentimientos y emociones positivos (solidaridad, compasión, perdón), o negativos (odio, rabia, venganza), según la causa que se pretende defender con una nueva legislación. Además, en el ámbito más específico del Derecho penal y las políticas criminales parece consolidada la idea de que el legislador suele responder 'en caliente' a situaciones que generan alarma entre la población y como una respuesta a presuntas exigencias sociales.

En relación a la cuestión de la construcción social de las emociones, resultan muy interesantes los dos apuntes que realiza Karstedt (2002, pp. 304-305). De entrada, la autora evidencia que se quiere imponer una tendencia a la individualización de las emociones en el sentido de apreciar que éstas tienen que "ser consideradas como una singular y auténtica expresión de la autonomía y de la identidad de los individuos". Cuando, en realidad, las emociones que tenemos y su forma de sentirlas y expresarlas son contextuales y dependen del entorno social, económico y cultural en que nos hayamos desarrollado como individuos. Quizás podamos poner en relación esa individualización de las emociones con la tendencia a la individualización de las responsabilidades que se está apreciando en la literatura sociológica y criminológica producida en la última década. Aparte de ello, destaca la autora, la contradicción flagrante que se produce entre esa aparente emocionalización social y jurídica, unas instituciones públicas que con sus obras muestran una distancia respecto a los problemas sociales más cruciales y una empatía mínima hacia el sufrimiento cotidiano de los ciudadanos, y una colectividad que vive y sufre los problemas de los demás 'a distancia' y —lo que es peor— esperando que así sea.

Así pues, insisto en que si aceptamos que las emociones forman parte de la vida social, también deberíamos aceptar con naturalidad que las emociones se encuentren en un sustrato no demasiado profundo del Derecho. Sin embargo, lo que vemos en realidad es que nos empeñamos en ocultarlas, en negarlas o, cuanto menos, en minimizar tanto su espacio, como su tiempo, su impacto o el número de emociones 'permitidas' en el entorno jurídico o judicial. Autoras como Lange (2002, p. 199) comprueban que para el mundo del Derecho y para los juristas, las emociones son y, lo que es peor, deben ser algo que quede al margen. Entre las razones, apuntan en primer lugar, que quizás esto sea así porque se sigue asumiendo que las emociones están en tensión y contradicción total con la razón y la racionalidad que deben prevalecer en la vida del Derecho. Se diría que asumimos que la función del Derecho es ofrecer seguridad y poner "algo de racionalidad" en las convulsas relaciones sociales; y eso exige regular, camuflar o eliminar las emociones vigentes detrás de los conflictos. Siendo a veces una respuesta poco consciente de que también la forma y mecanismos previstos para resolver los conflictos —excluyendo la parte emocional de los mismos— pueden agravar los existentes o hacer germinar otros distintos. En segundo lugar, parece que se niega un espacio para las emociones en el Derecho porque se supone

que éstas son anárquicas y vinculadas a la falta de control cuando, precisamente, el Derecho se define por ofrecer control. Además de ello, hay que destacar que la doctrina jurídica se ha centrado en la perspectiva normativa del Derecho y, como mucho, en la cuestión de si las emociones deben formar parte del proceso legal, dejando de lado la consideración de las emociones —y también del Derecho— como un hecho social. Finalmente, se dice que se deja de lado ese aspecto emocional del Derecho porque no es posible conocer las emociones, sin darnos cuenta de que tampoco es fácil conocer las razones —racionales— por las que actúan las personas. En esa línea, Karstedt (2002, 307) apunta que existe una contradicción evidente en el hecho de que luchamos constantemente por el logro de emociones 'auténticas', asumiendo a la vez que éstas son invisibles y pueden resultar contradictorias entre sí.

Algo parecido ocurre con las emociones de quienes trabajan con el Derecho¹⁴. Aunque los movimientos antiformalistas de principios de siglo XX se encargaron de denunciar que la aplicación del Derecho no puede quedar reducida a una tarea silogística, parece que seguimos presuponiendo que los profesionales del derecho dejan las emociones fuera del lugar donde se toman decisiones jurídicas y judiciales, estemos hablando del poder legislativo, ejecutivo o del judicial. Nos fijamos más de las decisiones tomadas racionalmente. De hecho, en el entorno jurídico-judicial, se presupone igualmente que "la expresión de emociones corresponde, en particular, a aquéllos que no tienen una formación específica". En este entorno podríamos encontrar a jurados, testigos o acusados (Lange 2002, p. 204). No ayuda a borrar este prejuicio, la imagen que ofrece el cine norteamericano de juicios en el que los abogados defensor y acusador concentran sus argumentos emocionales en intentar convencer al jurado, y dirigen los planteamientos legales y técnicos al juez y al resto de profesionales del Derecho de los que se espera imparcialidad y distancia respecto al caso que se resuelve. Igualmente, parece que la justicia a impartir por esos operadores jurídicos y judiciales tenía más que ver con una justicia fría y neutra y un concepto de igualdad formal, que con una justicia material que tuviera en cuenta los diferentes intereses y valores en juego.

En todo caso y pese a lo dicho, también creo importante destacar que en las últimas décadas algo está cambiando en la forma de entender la justicia y la forma de llegar a una solución justa. La propuesta de la justicia penal tradicional, que asume el papel de árbitro en la solución de un conflicto porque no sólo afecta a quien delinque y a la víctima, sino que también lo hace a bienes que se entiende como socialmente importantes, no convence para todas las situaciones y para todos los supuestos. O, al menos, no siempre logra satisfacer a los principales implicados en el delito: víctima y

14 Sobre la incidencia de la 'sensibilidad' en el Derecho, me remito a un artículo propio de hace unos años sobre el tema (BERNUZ 2008). Sobre la regulación de las emociones de los jueces vid. MARONEY (2011, p. 1488) que asegura que "los jueces sin sentimientos son seres míticos como Santa Claus o el tío Tom".

delincuente. Y no convence por algo que parece obvio: que el delito, aparte de suponer un atentado contra bienes e intereses sociales, principalmente supone un daño contra intereses personales y contra las relaciones entre las personas. En ese contexto, asistimos al auge y consolidación progresiva en nuestro contexto de la filosofía y las prácticas de la Justicia restaurativa que, de alguna forma, se apoyan en la exigencia de que la justicia incorpore elementos emocionales¹⁵. Se podría decir que las emociones conforman la esencia de la Justicia restaurativa, a tener en cuenta tanto en el proceso como en el resultado. Por ello se construyen sobre la necesidad de la víctima de contar sus vivencias y narrar su vida tras el delito, de que alguien (el que la agredió) le explique a ésta lo que realmente pasó, de la posibilidad para el delincuente de reparar personalmente el daño efectivamente causado, de comprender las razones por las que se impone esa reparación. La Justicia restaurativa se identifica por la necesidad de escuchar, comprender, reparar el daño, confortar a la víctima¹⁶. También el perdón, como uno de sus hipotéticos resultados, tiene que ver con la expresión y gestión de las emociones¹⁷. En definitiva, al referirnos a la justicia restaurativa, estamos hablando clara y abiertamente de emociones porque la expresión y satisfacción de emociones y sentimientos se considera el objetivo primordial de la realización de la justicia.

Y todo ello al margen de que hay que advertir de que no todo lo que se dice restaurativo lo es. O de que, en ocasiones, algunas prácticas de justicia restaurativa nos llevan a pensar que se ha producido una nueva 'ritualización' de la expresión y gestión de las emociones generando otra contradicción con esa búsqueda de emociones auténticas¹⁸. Y siempre teniendo en cuenta que no siempre restaurativo y retributivo son adjetivos excluyentes, sino que pueden ser complementarios a la hora de impartir justicia. Duff incluso asegura que son planteamientos que están interconectados y que pueden ser coincidentes¹⁹.

15 En los países anglosajones se viene hablando de Justicia restaurativa desde los años 70¹.

16 Se vuelve a reivindicar que se escuche a la víctima. Aunque con ello se planteen todos los problemas posibles de percepción subjetiva del daño. Sin embargo, destacan MacCORMICK y GARLAND (1998, 13) que esa tendencia a escuchar a la víctima forma parte de una tendencia más amplia a la contemplación subjetiva que forma parte de una sociedad de consumo en la que incrementa sus exigencias hacia las instituciones públicas, "es más asertiva, más exigente y cada vez más moldeada en torno a la relación entre consumidores y organizaciones comerciales".

17 Asegura PILLSBURY (2009, p. 154) que el perdón plantea dos criterios básicos a tener en cuenta: la persona que va a sufrir, la posibilidad de transformación individual. Sobre la integración del perdón en el contexto jurídico, se puede ver BERNUZ (2013).

18 Vid KARSTEDT (2002, p. 307) cuando indica que estamos asistiendo a una ritualización de la vergüenza y el arrepentimiento en el que no tiene espacio la autenticidad en la expresión de las emociones. Habría que añadir que en esos supuestos los objetivos de la justicia restaurativa, por ejemplo, no se cumplen porque aquélla se apoya en la expresión honesta y sincera de sentimientos y emociones.

19 De hecho, asegura que "tales programas son punitivos. El proceso mismo (en el que el agresor tiene que escuchar de la víctima cómo le afectó el crimen y asumir lo que ha hecho) es un castigo que tiene que

3. Las emociones en el delito y el castigo

Si podemos estar más o menos de acuerdo en que las emociones forman parte de forma genérica del Derecho penal, con más razón deberíamos ponernos de acuerdo en que tanto en su objetivo, el delito, como en su respuesta por excelencia, el castigo, las emociones y también las razones están a flor de piel. Por algo, Antonio Madrid (2010) se refiere al Derecho penal como una política y justicia de gestión del sufrimiento. En esa línea, ya decíamos que algo evidente es que el delito, tanto en su definición como en su ejecución, supone una suma y resultado de reacciones emocionales y de razones que justifican su tipificación y persecución. Igualmente, la respuesta al mismo, el castigo, pretende alentar una serie de emociones tanto en el que delinque como en el público que 'asiste' al castigo. Dirá Karstedt (2002, 300) que los protagonistas directos e indirectos en un conflicto penal no pueden dejar fuera del entorno judicial sus emociones, "delincuentes y víctimas traen sus emociones al tribunal de justicia, los juzgados penales gestionan delitos pasionales y sus decisiones pueden provocar ultraje público y rabia o sentimientos de venganza entre las víctimas. Los delincuentes sienten vergüenza y remordimiento cuando han violado la norma y los delitos generan sentimientos de repugnancia social. Al mismo tiempo que delincuentes y víctimas obtienen nuestra compasión y simpatía". En esa misma dirección, Falcón y Tella (2005, 63) aseguran que "el delito y el castigo provocan una respuesta emocional en la opinión pública. Sentimientos como el miedo, la hostilidad, la agresión y el odio conviven con la pena, la compasión y el perdón, a modo de respuesta contra el ofensor". Sin embargo, también se recuerda que aunque víctima y delincuente reaccionan de forma emocional²⁰, las partes toman decisiones racionales: "los delincuentes tratan de encontrar vías para eludir el sistema o las víctimas sopesan las ventajas o desventajas de invocar la ley" (Karstedt 2002, 301). Algo que, de alguna manera, supone reconocer –de nuevo– que detrás de las emociones también hay razones y que separar unas de otras no resulta tarea fácil.

En el contexto actual, se podría hacer referencia a una re-emocionalización del delito y el castigo a dos niveles. Uno, la emocionalización del discurso público sobre el crimen, el castigo y el sentido de la justicia penal. Dos, la aplicación de sanciones penales que se apoyan explícitamente y se justifican sobre emociones, más que sobre razones.

sufrir, que busca llevarle al reconocimiento del daño que ha hecho; y la reparación que, como resultado de la discusión, está de acuerdo en hacer a la víctima es un castigo mediante el cual puede tanto confirmar su arrepentimiento, como pedir perdón a la víctima" (DUFF 2005, 348).

20 Aseguran FALCÓN y TELLA (2005, 61) que "son los tribunales, los políticos y buena parte del gran público quienes continúan tratando el tema del castigo de un modo moral, pasional, invocando valores sustantivos, adoptando actitudes emocionales de condena e implorando un castigo retributivo".

En primer lugar, ahondando en cuanto destacábamos con anterioridad sobre la emocionalización del discurso público en relación con el delito y el castigo, hay que decir que unos y otros, crímenes y castigos, se definen, construyen y se legitiman en función de emociones sociales. De un lado, la propia definición de delito es una construcción social que dependerá de los valores que decidamos poner encima de la mesa en cada momento. Dependerá de qué comportamientos consideremos que son intolerables para la conciencia social, sea porque afectan gravemente a un individuo, o porque lo hacen a la comunidad en su conjunto, a los bienes o a la integridad y seguridad física de las personas. Algo que dependerá de la concepción del individuo y de su lugar en la comunidad. Los sentimientos que despiertan los delitos son los que al final condicionan su gravedad e importancia legislativa y social. De alguna forma, como asegura Ruggiero (2010, 66), hay que entender que el delito produce un *shock* que se inscribe en nuestros sentimientos colectivos. Y asegura Karstedt (2002, 299) que “la rabia, el asco o la vergüenza son considerados como ‘valiosos barómetros de moralidad social’ que son introducidos en los procesos criminales”. Sentimientos y emociones que se encuentran fuertemente enraizados en la conciencia colectiva y los valores sociales, y que hacen que las normas penales evolucionen de forma ‘relativamente’ pausada. De otro lado, vemos que también el castigo produce una serie de reacciones en quien delinquiró y en la sociedad. Así, se espera que el cómo y cuánto decidamos castigar ese delito, en intensidad y calidad, vengán determinados por la gravedad del delito y sea proporcional y proporcionada al mismo. Entendemos que el castigo será justo cuando sea proporcional al daño causado y se imponga efectivamente. Al tiempo que dependerá también de las emociones que deseemos producir o evitar tanto en quien comete un delito, como en aquéllos que podrían cometerlo – esto es, el resto de los ciudadanos, considerados como potenciales delincuentes– .

Sobre esa emocionalización del delito y el castigo, baste apuntar en este momento una cierta contradicción. Así, por una parte, parece imponerse una progresiva tendencia a rechazar la violencia y la crueldad más explícitas. Ello hará que, según Ruggiero (2010, 70), cada vez sea mayor la repugnancia que generan los delitos que implican una crueldad y un sufrimiento conscientemente infligidos en otra persona. Y, en consecuencia, parece que se traducirá en una tendencia a exigir un castigo mayor y más duro para aquellas personas que agredieron a otros. Sin embargo, por otra parte, si hiciéramos caso a Durkheim, diríamos que las sociedades más evolucionadas tienden a imponer castigos más suaves. O, quizás, deberíamos decir más precisamente, parece que nuestras sociedades optan por un sufrimiento a distancia. En esa línea, vemos claramente que durante décadas se ha impuesto una tendencia al castigo único centralizado en la cárcel y con periodos de internamiento cada vez más largos para los delitos considerados como más graves o más repugnantes. El objetivo fundamental es

la invisibilización del que delinque y la invisibilidad de su sufrimiento. Se podría decir que la carencia de empatía nos lleva a olvidar el principio kantiano de no pedir para los demás lo que no querríamos para nosotros mismos en similares circunstancias.

Si analizamos algunos planteamientos sobre el castigo, parece que son dos notas las que lo definen: la necesidad y la intencionalidad de infligir sufrimiento. Así, por ejemplo, el castigo, desde Hart (2008, pp. 4-5), es definido como un sufrimiento impuesto intencionalmente a un individuo por la comisión de un acto incorrecto²¹. Durkheim también entiende la imposición emocional de este dolor como algo necesario para evitar la comisión de nuevos delitos y, en consecuencia, para proteger la colectividad y sus valores (Durkheim 1982, 102– 104). Por su parte, Garland asegura que el castigo hoy se mueve por dos fuerzas: el deseo pasional de castigar y la necesidad de gestionarlo – entendemos, de forma racional– . En ese sentido, afirma Ruggiero (2010, 68) que el castigo se acepta como una forma aséptica y reglada de dar salida a nuestros deseos de venganza. La tensión entre ambas fuerzas emocionales y racionales es la que, al final, va a definir el tipo e intensidad del castigo (Ruggiero 2010, p. 71). Claro, si entendemos que el castigo es un sufrimiento conscientemente impuesto, dirá Gargarella (2011, p. 21), es necesario exigir una justificación sólida y razonada de ese dolor que decidimos infligir a otro. El autor se plantea la duda de hasta qué punto resulta justificada la imposición de un castigo cuando la razón es la comisión de un delito en situaciones de extrema injusticia social, generada por las condiciones sociales y económicas de las que el Estado que castiga es responsable. También sería preciso aclarar hasta qué punto se puede justificar un castigo que gestiona el dolor, pero que no resuelve el conflicto subyacente en el delito cometido.

Además de ello, de alguna manera, se entiende el castigo como una forma de comunicación, de reforzamiento del mensaje moral que encierra el delito tipificado en las normas penales. Esa función comunicativa del castigo nos lleva a dos consideraciones interesantes. Una, si el delito tiene una pretensión expresiva, comunicativa, eso exige, como aseguran Falcón y Tella (2005, p. 77), que para que se dé la comunicación es precisa “la existencia de un modelo de comunidad con un lenguaje común, con unos valores y estilos de vida compartidos”. Algo que no siempre es evidente porque, de entrada, no existe una verdadera conexión entre quienes crean y aplican las normas del código penal y los colectivos a quienes se dirigen fundamentalmente. Dos, si la

21 Más precisamente, HART (2008, pp. 4-5) establece como rasgos del castigo: 1. que implique dolor u otras consecuencias desagradables; 2. que sea consecuencia de la comisión de un delito contra las normas legales; 3. que se imponga a quien efectivamente cometió el delito; 4. se debe imponer intencionalmente por personas distintas del delincuente; 5. impuesto por una autoridad designada por el sistema legal contra el que se comete el delito. Como asegura HANNA (2009, p. 237) que “el castigo se impone y es diseñado, al menos en parte, para dañar al delincuente y para hacerle sufrir”. Se podría decir que no es algo natural.

recepción de un delito en el código supone una forma de reconocer su importancia individual y, sobre todo, social, el castigo efectivo implica una forma de confirmar los valores que han sido negados y desconocidos por el delito. No hacerlo supondría enviar un mensaje a la colectividad sobre la impunidad del delito, el menosprecio de los valores sociales o la ineficacia de las instituciones jurídicas y penales. Por ello, resulta fundamental promover un debate amplio y razonado sobre los delitos susceptibles de integrarse en la legislación penal o sobre las formas de resolver los conflictos subyacentes a los mismos. La vuelta atrás es compleja y las implicaciones de su función simplemente simbólica son nefastas.

Quizás esta función expresiva y comunicativa del castigo se potencia porque, como apuntan MacCormick y Garland (1998, p. 14), se incrementa la ansiedad por salvaguardar lo público y se borran las fronteras entre lo público y lo privado. Aseguran que, de alguna manera, “la imagen del estado como un agente moral racional que dispensa justicia desapasionadamente en nombre de todos parece cada vez más difícil de mantener ante los altos niveles de individualización y diversidad moral”. El castigo no cumple su función expresiva adecuada porque hablamos distintos ‘lenguajes’. Quizás esa sea una de las razones por las que las penas “alternativas” no son bien vistas, porque se considera que el reproche moral que llevan implícito, o no es suficiente, o no queda claro. En ese sentido, Kahan (1996, p. 593) asegura que las alternativas no consiguen imponerse a la cárcel como castigo penal principal porque no son expresivas o porque expresan mensajes confusos. Algo que ocurre con las principales penas alternativas que son las multas o los servicios en beneficio de la comunidad. Así, asegura que con la multa el mensaje puede ser incluso tan inconveniente como el de que “el que paga, delinque”. De manera que, finalmente, el mensaje no es tanto que algo está prohibido, como que está permitido si pagas, si puedes pagar²². Lo mismo ocurre con los trabajos en beneficio de la comunidad que, por norma general, generan admiración en quien los realiza y pueden emitir un mensaje equívoco.

También las teorías justificativas del castigo trabajan sobre las emociones. Y lo hacen, sobre todo, las teorías consecuencialistas que utilizan el castigo para lograr una función principal que es la de evitar la delincuencia o la reincidencia. Es reconocido por la doctrina, que si las teorías retributivas se limitan a intentar dar respuesta al porqué del castigo, esto es, porque se ha cometido un delito, los planteamientos consecuencialistas asumen la respuesta a esa pregunta como obvia, pero dan un paso más allá e intentan solventar la pregunta del para qué. Afirman que el castigo

22 Asegura el mismo autor (KAHAN 1996, 621) que si la multa complementa la cárcel entonces resulta perfecto. Pero si la sustituye entonces se da la sensación de que se pone precio al delito pero no se castiga.

como respuesta a un delito siempre debe servir para generar un bien social, que es la prevención de nuevos delitos que producen dolor en sus víctimas²³. Y asumen que se realizará esa tarea de prevención, lanzando un mensaje que 'duela' tanto al que cometió el delito, como a aquéllos otros potenciales delincuentes mediante la tipificación, imposición y ejecución efectiva de un castigo. Así pues, el castigo y con él el dolor y sufrimiento que implican se consideran necesarios, no tanto como una forma de compensar el daño causado mediante el delito, sino como un mecanismo que intentará disuadir a quien delinquir favoreciendo mediante el castigo su rehabilitación mejorando sus condiciones de vida y opciones vitales, o a través de medidas de incapacitación. Por su parte, el castigo intenta lanzar un mensaje a los potenciales delincuentes –el resto de ciudadanos–, tanto a través de un mensaje negativo de disuasión por el castigo impuesto y efectivamente ejecutado, como de otro positivo de cohesión que exige el respeto de las normas.

Ahora bien, introducir en esos planteamientos utilitaristas el discurso de las emociones puede suponer también aceptar que hay sanciones que no lograrán detraer por igual a todos los que delinquen, ni disuadir de determinados tipos de delitos, pero que se imponen para lanzar un mensaje a los demás de no impunidad (Posner 2008, p. 21)²⁴. Algo que supone, contra las premisas kantianas, utilizar la persona como medio para el logro de fines sociales. Al tiempo que si atendemos a esas emociones manifestadas colectivamente, delitos poco graves pero muy frecuentes, o escasos pero que generan una gran alarma social llevarían a imponer castigos desproporcionados. Por eso, suele ser prudente exigir una combinación de emoción y razón en la definición y ejecución de los castigos.

Algunos apuntan que la intervención penal tiende a mirar hacia la galería gestionando emociones colectivas y deja de lado su función correccional (de reinserción, rehabilitación o incapacitación). Esto es, prefiere darse salida a un sentimiento colectivo que exige castigo para comprobar la solidez de las instituciones. La utilidad individual del castigo para el fomento de su rehabilitación ha sido sustituida por lo expresivo colectivo, las funciones de prevención general han dejado atrás a las de prevención especial. En esa tarea de comunicación y expresión con la que cumple el castigo, Duff (2005, p. 343) intenta dar respuesta a la pregunta de qué trata de comunicar, a quién y por qué. Así dirá que lo que trata de comunicar es la censura y la condena del delito cometido que supone un reforzamiento de los valores vulnerados por el mismo. En cuanto al por qué, se dirá que porque el que delinque lo

23 Algo que presupone dar por buenos –en cuanto que avalan bienes socialmente importantes– los delitos recogidos en el Código Penal.

24 Ello hará que la sociedad evalúe para aumentar o reducir las sanciones y en consecuencia, para invertir en las emociones adecuadas (POSNER 2008, 22).

merece *—just desert—*. Y a quién se comunica, se dirá que tanto a quien cometió el delito, como a la víctima y a la comunidad política y social. De alguna forma se asume que no responder al daño supone desconocer los bienes vulnerados con el delito, no reconocer al que delinque como ser racional que conoce y asume las consecuencias de sus hechos y negar el daño hecho a las víctimas²⁵. Sin embargo, también es verdad que la respuesta ofrecida por el castigo, ni desagravia a la colectividad, ni responsabiliza o conciencia al delincuente del daño causado, ni satisface o repara a la víctima por el daño causado. De alguna forma responde de forma neutral apartando las emociones, pero no les da una salida satisfactoria.

4. La culpa y la vergüenza como emociones instrumentales del castigo

Decíamos que el castigo aspira principalmente a comunicar. Y pretende comunicar, tanto rechazo hacia el delito y el daño causado, como una adhesión a los valores implícitos en los delitos tipificados. Sin embargo, también tiene una pretensión de evitar que vuelvan a cometerse otros delitos del mismo tipo. Para prevenir nuevos delitos, el castigo movilizará principalmente dos sentimientos: el de culpa o el de vergüenza. La culpa ha sido la emoción en torno a la que ha girado de forma tradicional el Derecho penal. De hecho, todo el proceso penal gira en torno a mostrar y demostrar la culpabilidad de una persona probando los hechos cometidos, sus circunstancias y las intenciones del que delinquirió. Al tiempo que el castigo intenta que el que cometió el delito se sienta culpable y asuma su responsabilidad por el delito cometido. Ahora bien, los límites que presenta el castigo en esa tarea de promover la culpabilidad del que delinquirió, el carácter fundamentalmente interior de la misma, o el interés social en promover la participación social-comunitaria en la ejecución del castigo han fomentado que se busquen nuevos mecanismos que colaboren en esa tarea de la pena preventiva de la delincuencia. En esa línea, vemos cómo en los países anglosajones se apuesta desde hace unos años por utilizar la vergüenza como un mecanismo incorporado al castigo que consiga evitar la reincidencia y, aparentemente, la reinserción (Braithwaite).

Ahora bien, culpa y vergüenza son emociones muy distintas que funcionan a dos niveles diferentes y con consecuencias dispares. Desde la perspectiva de la psicología y la psicología social se han analizado las tensiones entre ambas emociones. Así, en primer lugar, Teroni y otros (2008, p. 726) aseguran que la culpa “es la emoción de la sanción interna”, mientras que la vergüenza es “la emoción de la sanción social”. Si la primera se produce al margen de que exista o no una audiencia y dependerá de

25 Vid. en ese sentido también KAHAN (1996, 597– ss)

la subjetividad del que delinque, la segunda requiere de un público para que pueda surgir, al margen de que esa audiencia se encuentre físicamente presente o esté en la imaginación del que delinque. Y es que, la mayoría de la doctrina considera que para sentir vergüenza, es preciso un juicio crítico, real o potencial, por parte de los demás²⁶. De alguna manera se produce el sentimiento de vergüenza cuando quedamos en evidencia ante aquéllos a los que respetamos, que comparten nuestros valores y forma de vida, o que de alguna manera nos importan²⁷. Ya no es uno mismo, mediante el sentimiento de culpabilidad (moral), el que evita la comisión de otros delitos, sino que son los otros los que, mediante la promoción de la vergüenza (social), lo van a evitar. En segundo lugar, se apunta que la vergüenza se refiere a uno mismo, a toda la persona (siento vergüenza de mí mismo), mientras que la culpa se relaciona con un determinado comportamiento puntual (soy culpable de lo que he hecho). En esa línea, Nussbaum (2006, 268) vincula la vergüenza con "un rasgo o atributo de la persona, mientras que la culpa corresponde a un acto". Quizás por eso mismo, porque el Derecho penal se rige —o debería regirse— por el principio de legalidad, tipicidad, oportunidad y *ultima ratio*, parece más adecuado que se concentre en la determinación de la culpa por la comisión de un delito, y deje de lado la promoción de la vergüenza que afecta a toda su persona y que correspondería más realizar a un nivel moral o social. Otra razón para dejar la vergüenza fuera del Derecho sería que con ella conseguimos una cierta moralización del Derecho, no demasiado bien considerada desde planteamientos liberales. En todo caso, hay que señalar que en los sistemas que acuden a la vergüenza, lo cierto es que se recurre a la misma de forma complementaria a la culpa y después de que ésta haya determinado la estructura de la acusación y la condena.

Es cierto también que no todos los castigos que se apoyan en la vergüenza son iguales. De hecho, algunos autores establecen una tipología de penas avergonzantes. Kahan, por ejemplo, se refiere a cuatro tipos de penas que se apoyan en la vergüenza. El primer tipo es la estigmatización pública que pretende magnificar la humillación ante una audiencia amplia e impersonal (colgando información personal sobre el delincuente en carteles o medios de comunicación). Otras penas aspiran a una estigmatización literal a través de la estampación de símbolos que ridiculizan a la persona que delinquiró (haciéndoles llevar camisetas, pulseras que los identifiquen como delincuentes). Algunas pretenden la auto-humillación mediante una ceremonia pública que deshonra al que delinque y en la que puede participar la víctima o su familia (permitiendo que

26 No obstante, me parece interesante la aportación de DEONNA y TERONI (2008, pp. 69-70) que considera que es posible sufrir la vergüenza en solitario, cuando sentimos que fracasamos o desconocemos "valores morales, intelectuales o estéticos".

27 Dirán DEONNA y TERONI (2008, p. 67) que no todo reproche produce vergüenza, sólo se teme perder algo que se valora, y eso dependerá de cada persona.

la víctima entre en casa del que la agredió para revolver su casa y pertenencias). Por último, la contrición supone que el delincuente cuenta lo que ha hecho y pide perdón a la víctima mediante un ritual. Markel (2007, p. 1390) por su parte hace referencia a tres formas de avergonzamiento. Se refiere a una estigmatización personal que se proyecta sobre quien delinquiró, una estigmatización material sobre sus propiedades, o la exposición pública del delincuente revelando información personal.

Aparte de lo apuntado, y de lo sugerente que pueda resultar como castigo alternativo por su mayor expresividad y poder comunicativo, o por su menor coste económico, las críticas e inconvenientes que se han visto a la utilización de la vergüenza en el castigo son muchos. Uno de ellos es que se utiliza la potencialidad que tiene la publicidad de lo ocurrido para advertir al resto de la población de que algo es considerado como incorrecto, generar un sentimiento de vergüenza en el delincuente y evitar la reincidencia o la comisión de nuevos delitos. Claro, ello involucra a la comunidad, inexistente o difícil de definir y concretar, en ese proceso de castigo. Y ello puede suponer devolver a las víctimas y a la comunidad un cierto poder de castigar con la subjetividad, el exceso y la imprevisibilidad que puede implicar²⁸. En ese sentido, como recuerda Nussbaum (2006, p. 273), “la ley de la calle no es la justicia imparcial, deliberativa, neutral, que valora comúnmente una sociedad liberal y democrática”. En esa línea, también se apunta como una de las objeciones al castigo avergonzante, que no ofrece certeza, ni seguridad jurídica. De hecho, como destacábamos, tanto su gestión (por el público) como sus consecuencias (en el que delinque o su familia) son imprevisibles. Sobre todo porque no es fácil controlar el sujeto en el que finalmente inciden los efectos del castigo (el que delinque, pero también familia, vecinos o amigos). Ni tampoco es posible reconocer de entrada y con carácter previo los efectos que producirá (de estigmatización, humillación, aislamiento, segregación, reforzamiento, entre otros) en el sujeto que realiza o que recibe el castigo, ni el tiempo que perdurarán esos efectos (teniendo en cuenta que se avergüenza a la persona). Igualmente se ha señalado que la vergüenza es un sentimiento individual y subjetivo, dependerá de las condiciones individuales y sociales de las personas que son humilladas y avergonzadas. De manera que, o bien puede que sigan tal cual –si son inmunes a la vergüenza–, que los problemas que ya tenían antes de cometer el delito se agraven y acaben más excluidas socialmente, o que “la vergüenza refuerce la tendencia a identificarse con grupos antisociales” porque sólo en estos grupos logre encontrar el respeto que no consigue en una comunidad más amplia que simplemente opta por rechazarlos y humillarlos. Aparte de que resulta difícil inducir vergüenza en alguien. Por último, desde la utilización práctica de este tipo de castigo para delitos leves, que pueden estar vinculados a

28 MIHAI (2011, p. 604) asegura que la experiencia del dolor es muy subjetiva y no puede servir como mecanismo para medir la severidad del castigo. Tiene que estar matizado por otros elementos.

cuestiones próximas a la moral, que hubieran sido archivados o que deberían excluirse de las normativas penales, se ha destacado que están contribuyendo a la ampliación de las redes de control social y de las personas sometidas al mismo (*networking*).

En todo caso, entre las críticas más serias que se han formulado al recurso a la vergüenza conscientemente, como un mecanismo de castigo, está el hecho de que puede atentar contra la dignidad y los derechos humanos de las personas²⁹. De hecho, supone un atentado contra los derechos humanos que el castigo avergonzante se imponga consciente y voluntariamente con la pretensión de humillar. En ese sentido, una de las cuestiones que se le reprocha a este tipo de castigo es que ignora o desconoce la línea que une la vergüenza, la humillación y la estigmatización, dirá Karstedt (2002, p. 302)³⁰. Y ello al margen de que la persona se sienta efectivamente humillada o no. Si se impone con intención de humillar es suficiente para que merezca el reproche social y deba ser descalificado como método de castigo. Sobre todo porque, como afirma Nussbaum (2006, 261), resulta contradictorio con nuestras expectativas sobre el rol del estado y del derecho que parece que deberían tratar “a sus ciudadanos con respeto por su dignidad humana, en vez de degradarlos o humillarlos”. Asegura que “cualquier sociedad construida sobre la base de normas de respeto mutuo y de reciprocidad tiene muy fuertes motivos para evaluar cómo puede ser minimizado el impacto dañino del estigma” (ibíd., 264). De alguna forma, con este tipo de castigos, se califica a la persona como subhumano o infrahumano dividiendo la sociedad en rangos, clases o categorías de ciudadanos. Algo que tiene poco que ver con el principio de igualdad. Conscientes del error de confundir términos, algunos autores como Braithwaite propusieron la idea de “vergüenza reintegradora”, esto es, la idea de que hay que avergonzar sobre el delito, pero no avergonzar al delincuente, para así lograr integrar al delincuente en la comunidad.

No consigue suavizar las críticas el hecho de que pueda ser un castigo “elegido” por los que delinquen. De entrada, porque la capacidad para elegir y decidir en el contexto penal es siempre relativa y debe ser puesto en contexto. Además, porque el hecho de que quienes delinquen “prefieran” la pena avergonzante no significa que sea menos cruel que, por ejemplo, la cárcel. De hecho, asegura Nussbaum (2006, p. 265) que

(...) el hecho de que el Estado imponga una humillación a quien esté dispuesto a ello parece subversivo de las ideas mismas de dignidad e igualdad en las que se basa la democracia liberal (...) el respeto de una condición *sine qua non* de la relación entre el Estado y sus ciudadanos, de todos sus ciudadanos.

29 Vid. las conclusiones a las que llega PÉREZ TRIVIÑO (2008, pp. 355-360). Resulta especialmente interesante el desarrollo que realiza sobre el concepto de dignidad humana en la concesión de derechos humanos.

30 También DEONNA y TERONI (2008, p. 71) apuntan algunas cuestiones sobre la relación entre vergüenza y humillación.

Se podría pensar que en esa 'elección' de la pena avergonzante puede jugar, tanto la consideración de que la cárcel supone una estancia de mayor duración que la pena alternativa basada en la vergüenza, como la falta de conciencia sobre lo que implica efectivamente para su vida futura y la de su familia el sometimiento a una pena de este tipo. Dada su imprevisibilidad, sólo se podrán comprobar sus efectos una vez que se ha ejecutado la misma, no antes.

Además de todo ello, Nussbaum (2006, pp. 277-ss) asegura que las penas que se apoyan en la vergüenza no cumplen con ninguno de los objetivos ni responden a ninguna de las teorías de la pena. Así, si el retribucionismo se apoya en el principio de máxima libertad, de que "todos los ciudadanos son iguales y deben disfrutar de la misma libertad de acción", en sentido contrario, el castigo avergonzante se relaciona más bien "con la jerarquía y la degradación (...) sirve para definir un grupo superior contra grupos desviados". Tampoco parece claro que humillar sea una vía correcta para lograr la reinserción —y menos la invisibilización— de quienes cometieron delitos. Al tiempo que tampoco promueve sentimiento de comunidad ni tiene por qué intimidar puesto que depende de cada una de las personas y de los colectivos en que se integren³¹.

5. Conclusiones

Para concluir me gustaría insistir en algunas de las principales ideas sobre las que he querido trabajar en este trabajo. La primera de ellas tiene que ver con el hecho de que las emociones forman parte de la vida misma y también, inevitablemente, de la vida del derecho. Se podría decir que una de las principales aportaciones de los movimientos antiformalistas fue la de quebrar —que no romper— el mito del legislador racional y el del juez lógico. Quizás, porque como ellos defendían, quienes deciden, fijan y aplican las normas no pueden —aunque quieran— dejar fuera de los espacios jurídicos, ni emociones, ni sentimientos, propios o ajenos. Es cierto que deberán confrontarlos con presupuestos racionales y enfrentarlos con criterios de generalidad o interés colectivo para justificar sus decisiones, pero esas emociones seguirán allí. Parece claro que más interesante ser consciente de que eso es así para controlar y evitar su incidencia en el Derecho, que negarse a verlo sin asumir las consecuencias.

Así pues, si todos los ámbitos del Derecho se ven impregnados de distintas emociones, también lo es que algunos lo están más que otros. Uno de los sectores del ordenamiento jurídico más emocionales es el Derecho penal. Todo en él es emoción y sentimiento. Tanto los procesos de su conformación como Derecho, como la realización

31 Sí que apunta NUSSBAUM (2006, 284– 285) que la humillación puede constituir una vía válida para acabar con la pretensión narcisista de invulnerabilidad de ciertas corporaciones y de algunos funcionarios. Al tiempo que asegura que tendría sentido humillar ante delitos de auxilio.

de sus contenidos y la determinación de sus consecuencias. Así, es emocional la definición de qué es delito y cuál es su gravedad, lo es también la determinación de la modalidad y cantidad del castigo correspondiente, y lo son por supuesto, las funciones que cumple el mismo. También es altamente emocional, la propia comisión del delito y la generación de las consecuencias que se proyectan en las víctimas y sus familias. Quizás por ese exceso de emocionalidad y, a veces, de sentimentalismo, el Derecho y la justicia penales se han reivindicado tradicionalmente como instancias justas en tanto más racionales y proporcionales. Reclaman para sí la tarea de árbitro imparcial que resuelve dejando fuera del estrado los sentimientos de todas las partes implicadas directa o indirectamente en el conflicto y que excluye a las partes de la discusión y resolución de las consecuencias del delito.

Hoy en día, hay dos cuestiones que resultan especialmente llamativas en esa recepción de las emociones en el Derecho y la justicia penales: la emergencia de la justicia restaurativa como justicia claramente emocional, y la transformación de las emociones a considerar en la ejecución del castigo. De un lado, es cierto que se han ido consolidando poco a poco nuevas formas de entender y de hacer justicia, que entienden que la justicia debe tener otras formas y aspirar a nuevos objetivos. Entre otras posibles experiencias, la Justicia restaurativa en sus diversas manifestaciones exige que la Justicia tenga en cuenta los sentimientos y emociones de las partes. De hecho, plantea la necesidad de que se devuelva el protagonismo a las partes implicadas directa o indirectamente en el delito, especialmente sensibles con el conflicto que se resuelve y muchas veces con los sentimientos a flor de piel. El elemento central de esa forma de hacer justicia es el encuentro (o los encuentros) en que deberán emerger esos sentimientos que el proceso penal se ha encargado de ocultar y neutralizar sistemáticamente. En un contexto seguro y con ayuda de un facilitador, las víctimas expondrán los daños que les causó el delito, su situación tras el mismo, las acciones que consideran necesarias para que se les repare. Por su parte, los que agredieron contarán su versión de los hechos, responderán a las preguntas de las víctimas y deberán asumir la responsabilidad para reparar el daño causado. El objetivo de la justicia restaurativa es la reparación del daño tanto material como emocional.

De otro lado, vemos cómo han ido transformándose las funciones del castigo y con ellas también han cambiado las emociones que se utilizan para el logro de los fines del castigo. Así, parece que predominan las funciones de comunicación social del castigo sobre las que se centran en la rehabilitación del que cometió el delito. Se prefiere la respuesta a las emociones y exigencias colectivas. Por su parte, se combina el recurso a la culpa con la utilización de la vergüenza. La culpa se presenta como una emoción más privada, más vinculada a la moral individual, en tanto que la vergüenza resulta una emoción más social relacionada con el respeto que nos

inspiran los demás. Una pretende rechazar el delito y el acto cometidos, la otra logra estigmatizar y humillar a la persona que delinquirió. Los escollos de plantear un castigo que no sólo aspira a producir dolor para disuadir, sino que pretende o puede conseguir la estigmatización y humillación de una persona choca de frente con la filosofía de los derechos humanos. De manera que es preciso reivindicar la existencia de emociones en la vida del derecho, pero finalmente es cierto que también exigimos que no todas cuenten igualmente atendiendo a los efectos que puedan provocar. Los medios no siempre llevan a buen fin.

Bibliografía

- ABRAMS, H. y H. KEREN (2010): "Who's afraid of the Law and Emotions?", *Minnesota Law Review* 96,4, pp. 1997-2074.
- BANDES, S.A. (2008): "Foreword", *Vermont Law Review* 33, pp. 386-394.
- BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2013): "El perdón: reflexiones jurídicas", en P.L. Blasco (ed.), *La justicia entre la moral y el Derecho*, Madrid: Trotta, pp. 85-100.
- BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2008/2009): "Derecho y sensibilidad", *Anuario de Filosofía del Derecho* 25, pp. 179-206.
- BROOKS, TH. (2012): "Punishment and moral sentiments", *The Review of Metaphysics* 66, 2, pp. 281-293.
- DEONNA, J., TERONI, F. (2008): "Shame's guilt disproved", *Critical Quarterly* 50, 4, pp. 65-72.
- DUFF, R.A. (2005): "Punishment", en LaFollete, Hughes (ed.), *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford: Oxford University Press, pp. 331-357.
- DURKHEIM, E. (1982): *La división del trabajo social*, Madrid: Akal.
- FALCÓN Y TELLA, M.J. Y F. FALCÓN Y TELLA (2005): *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Madrid, Marcial Pons.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2009): *Emociones, responsabilidad y derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- HANNA, N. (2009): "Passions of punishment", *Pacific Philosophical Quarterly* 90, pp. 232-250.
- HART, H.L.A. (2008): *Punishment and responsibility. Essays on the philosophy of law*, Oxford: Oxford University Press.
- KAHAM, D.M. (1996): "What do alternative sanctions mean?", *The university of Chicago Law Review* 63, pp. 591-653.
- KARSTEDT, S. (2002): "Emotions and criminal justice", *Theoretical Criminology* 6-3, pp. 299-317.

- LANGE, B. (2002): "The emotional dimension of legal regulation", *Journal of Law and Society* 29, 1, pp. 197-225.
- MACCORMICK, N. Y D. GARLAND (1998): "Sovereign States and Vengeful Victims: the Problem of the Right to Punish", en Asworth, A. y M. Wasik (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford: Clarendon Press, pp. 11-29.
- MADRID, A. (2010): *La política y la justicia del sufrimiento*, Madrid: Trotta.
- MANKE, D. (2007): "Wrong turns on the road to alternative sanctions: reflections on the future of shaming punishments and restorative justice", *Texas Law Review* 85, pp. 1385-1412.
- MARONEY, T.A. (2011): "Emotional regulation and judicial behavior", *California Law Review* 99, pp. 1485-1556.
- MARONEY, T.A. (2006): "Law and emotion: a proposed taxonomy for an emerging field", *Law Human Behaviour* 30, pp. 119-142.
- MIHAI, M. (2011): "Emotions and the Criminal Law", *Philosophy Compass* 6/9, pp. 599-610.
- NUSSBAUM, M. (2006): *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires, Katz.
- PÉREZ TRIVIÑO, JOSÉ LUIS (2000): "Penas y vergüenza", *ACPCP* 53, pp. 343-360.
- PILLSBURY, SAMUEL H. (2009): "Learning from forgiveness", *Criminal Justice Ethics* 28-1, pp. 135-161.
- POSNER, E.A. (2008): "Derecho y emociones", *Revista de Derecho público* 21, pp. 1-41.
- TERONI, F. Y J.A. DEONNA (2008): "Differentiating shame from guilt", *Consciousness and cognition* 17, pp. 725-740.