



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

Proyecto de Tesis

Aproximaciones Literarias a las Sensibilidades en el Castigo

Thomas Stöcklin

Profesora Guía: Rocío Lorca

Santiago de Chile

2018

Índice

Introducción.....	2
Desarrollo.....	5
I. El Castigo.....	5
II. La Sensibilidad del Castigo	8
1. Cultura y Castigo.....	9
2. Castigo y Sensibilidad.....	20
III. Estándares de Castigo en el Marco Legal.....	36
1. Cruel e Inusual Castigo.....	37
2. Chile.....	45
IV. Sensibilidad en la Literatura.....	56
1. De la Venganza, el Castigo y el Perdón.....	56
2. Castigos Propios.....	62
3. Tratamientos Médicos o Estupefacientes.....	67
4. Aislamiento y Privación de Libertad.....	71
5. Reminiscencia.....	73
6. Castigos Previos a la Comisión de un Delito.....	74
7. Damnatio Memoriae.....	75
8. Eliminación de una Parte de la Vida de los Sujetos.....	76
9. Pena de Muerte.....	77
V. Conclusión.....	80
Bibliografía.....	82

Conforme a la tercera, su traición paso al olvido con el correr de los siglos. Los dioses lo olvidaron, las águilas, lo olvidaron, el mismo se olvidó.

Prometeo

Franz Kafka

Si la razón hace al hombre, el sentimiento lo conduce.

Jean Jacques Rousseau

Introducción

¿Qué define un castigo justo, un castigo merecido o un castigo abominable?

Una historia que nunca dejará de ser contada, una historia de sociedades, criminales, jueces y sentimientos. La pregunta acerca del castigo justo o aquel que sea más humano es una que se ha presentado, irremediamente, a lo largo de la historia. Y a la inversa la historia se construyó castigando a quienes se desviaban de la norma social. La respuesta, enredada como pueda parecer es contestada a través de diversas aristas.

El objeto de estudio del presente trabajo es la sensibilidad humana como fenómeno social y cultural, su manifestación en el concepto de castigo a través de las eras, y la sucesiva expresión literaria de la misma. A partir de la sola lectura de nociones clásicas del castigo se desprende un retrato abstracto de lo que puede ser considerado una punición “justa”, pero mediante la aplicación de un constructo cultural y empírico de este es posible visibilizar la manera en la que los pudores y las sensibilidades han sido determinantes en las formas que adquieren las penitencias. Dicha alusión a los sentimientos o emociones de los individuos permite amalgamar una noción de “lo justo” que evoluciona con el devenir de los años y las

sociedades; y consecuentemente identificar un relato de las sensibilidades. Tal historia, a su vez, deja entrever la sucesión de las emociones y pudores ante el castigo en obras literarias y culturales. Siendo estas últimas, crónicas que vislumbran cómo se ha castigado o dejado de castigar en determinadas sociedades.

Para materializar lo planteado (1) se precisará una definición del concepto de castigo, determinando sus componentes y enunciando sus conceptos clásicos. (2) Seguidamente se analizará la tesis de David Garland atinente al castigo como construcción cultural. A ojos del mencionado autor el castigo no puede ser articulado únicamente en base a las estructuras sociales y mentalidades que den razón de su carácter funcional, en el entendido que la sensibilidad sería uno de los engranajes importantes del cambio penal que otras descripciones sociológicas tienden a olvidar.¹ (3) Luego de analizar y comentar esta tesis se pasará a delinear el estándar legal de un castigo concebido como adecuado, revisándolo a su vez como una expresión o materialización de las sensibilidades colectivas que permiten el dinamismo de lo que se interpreta como justo. (4) Para finalizar se realizará una recopilación de obras literarias que dan cuenta de sensibilidades pasadas, presentes o futuras. Con este proceder se espera dar una ojeada a lo que fue, lo que es y lo que puede ser el castigo justo atendidas las sensibilidades o sentimientos que emanan de las obras literarias.

Para realizar este objetivo, se vuelve necesario una recopilación literaria de aquellos títulos que traten el tema que nos concierne y para ello revisaré tanto la literatura histórica que nos demuestra la evolución de los castigos a lo largo de la historia humana y en sus diversas

¹ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 253

culturas y civilizaciones, como la literatura fantástica (un género que destaca en este ámbito es el de la ciencia ficción), la cual alude a aquellas formas de castigo "utópicas" (o distópicas dependiendo del punto de vista) que tal vez trascienden lo imaginable en nuestra sociedad contemporánea. Finalmente, podría darse el caso que una forma de castigo pensada como imposible o derechamente aberrante por un autor sea revisable y adecuado a nuestra sociedad, y es esta disonancia entre épocas lo que busca desarrollar este trabajo.

Por último, espero que la literatura sirva como puente entre el lector y la realidad de quien recibiere un castigo, que exista una conexión y se traslapen sus sentimientos, ya que aquella es una de las formas más eficaces de generar un germen crítico en un individuo, a través de la empatía.

I. El Castigo

El castigo legal o estatal se ha descrito típicamente como un mal irrogado a quien voluntariamente realice una acción tipificada y antijurídica, esto es, a quien comete un delito. Concebido como una construcción social, ha buscado abstraer la resolución de un delito de las manos de quien lo sufre para entregarlo a un tercero imparcial, el cual decidirá sobre la responsabilidad y la pena para contener los impulsos y las pasiones de la víctima a la vez de satisfacer su deseo de venganza.

En palabras de la Profesora Rocío Lorca:

“Ya sea intencionado a servir a un objetivo que mire hacia el futuro o no, el castigo siempre es una imposición deliberada de un trato duro que se sigue de descubrir la mala conducta de un individuo. Como tal, el castigo siempre es un ejercicio de poder, tanto normativo como físico, por lo que, si la presunción de libertad se mantiene, cualquier imposición de un castigo debería ser considerada impermisible hasta ser justificada apropiadamente. Una apropiada justificación de castigo, a su vez, debería exigir que tomemos en cuenta dos conjuntos de problemas: primero, la adecuación del castigo como una respuesta a la transgresión, y segundo, la posición normativa de un cierto individuo para interactuar de esta forma con otro.”²

² LORCA, Rocío. 2016, *Presumption of punishment*. Canada, Canadian Journal of Law & Jurisprudence, Volume 29, Issue 2, pp. 385-402

Los elementos objetivos que constituyen el castigo son, la irrogación de un mal, que dicho mal sea impuesto como práctica de responsabilidad individual (respuesta a una conducta prohibida) y que sea deliberado (no impulsivo). Estas características son compartidas en ambos, castigo y venganza.

Para acotar el significado de castigo es menester encontrar el punto que bifurca ambos conceptos. El castigo como forma de ajusticiar los males causados por un individuo que comete un injusto, se diferencia de la venganza en la forma institucionalizada y pública de su imposición. La transición de la una a la otra se refleja en el mito de La Orestíada. En su tercer acto, Eumenides, las Furias, quienes despertaron con el único fin de saciar la sed de sangre de la víctima, sufren una mutación a su forma de Eumenides, institucionalizadas y racionales. Dicha alegoría del paso entre venganza y castigo no necesariamente realza un aspecto formal del último, sino una institucionalización y contexto adecuado para entender el castigo como una forma de justicia.³

Habiendo delimitado los elementos que construyen al castigo es oportuno señalar que a lo largo de la historia del pensamiento moderno ha habido muchas teorías normativas sobre la pena que han intentado explicar y justificar la imposición de la misma. Retribución, disuasión o prevención general negativa y rehabilitación, entre otras. Sin embargo, existe una pregunta normativa algo diferente que tiene que ver con las formas adecuadas que puede tomar el castigo y que no necesariamente es respondida por cada una de estas teorías. En efecto, la pregunta sobre el cómo castigar, o qué formas de castigo son aceptables, ha variado a lo largo

³ LORCA, Rocío. 2018, *Punishing the poor and the limits of legality*. USA, Law, Culture and Humanities. p. 3

del tiempo no en razón del cambio de ideas filosóficas, sino de consideraciones de carácter más empírico o concreto como las sensibilidades de una determinada época o lugar. De ahí que cobre sentido explorar en la literatura las formas posibles y adecuadas del castigo, en tanto expresión de la sensibilidad y pudores de una época. Por lo demás, admitir el carácter dinámico del estándar de castigos “cruels e inusuales”, nos obliga a reconocer, como se verá en el capítulo siguiente, su dependencia a las sensibilidades culturales, que impregnan la época y el lugar en que es aplicado. El análisis empírico o histórico de las sensibilidades puede realizarse a través de la lectura de obras literarias que transmitan los sentimientos del autor. Quien escribe puede imprimir en su arte parte de su yo, comunicando las sensibilidades de su época o imaginando algunas atemporales.

Para comprender la relación entre las sensibilidades y las formas justas de castigo, a continuación, revisaremos los postulados de Garland al respecto.

II. La Sensibilidad del Castigo

Análisis de la Tesis de David Garland

La Sensibilidad y el desarrollo cultural han sido un tema parcialmente abnegado en el análisis de la evolución del castigo, ello por la tendencia a explicar el castigo desde una noción funcional alejada de la voluntad de individuos carentes de poder político. En su obra, *Castigo y Sociedad Moderna*, Garland realiza una investigación de la sociología del castigo. Revisando las obras de diversos autores, expone las principales teorías sobre la función social del castigo y sus respectivas críticas. Luego de determinar las principales corrientes sociológicas del área, expone su tesis del tema, en la cual construye el castigo en torno a un concepto más amplio, la cultura. Esta abarca distintos fenómenos de interacción y desarrollo humano, dentro de los que se encuentran las diversas tesis sociológicas planteadas previamente, ello constituye el aspecto cognitivo de la cultura, pero a su vez es necesario referirse dentro de la misma, a uno de los pilares que determinan la *raison d'être* de las instituciones, esto es la faceta emotiva, las sensibilidades, que a su vez son determinadas y modificadas por los contextos culturales en que la persona está inmersa en una fecha cierta. A través de esta aproximación se permite reconocer los diversos postulados sociológicos que han sido ampliamente reconocidos y a su vez acoge la crítica al desconocimiento de los sentimientos, aceptando su incorporación en la determinación del castigo.

En vista de la importancia que representa esta obra para el presente trabajo, sea realizará una breve exposición de los postulados versados en la teoría de Garland, que corresponden a los capítulos noveno y décimo de la obra ya mencionada. Con ello se pretende no sólo permear

de contenido y justificar la noción de un castigo justo o civilizado, sino también admitir su evolución desde la cultura y los sentimientos.

1. Cultura y Castigo

Las discusiones sociológicas típicas del castigo han transcurrido en torno a las perspectivas teóricas, enfocando la investigación de su evolución en racionalidades sociales ocultas o cuestiones criminológicas para determinar la lógica mediante la cual el estado detenta el poder y sus razones tanto externas como sociales de ser. Este análisis teórico es cuestionado por David Garland, quien, defiende la institucionalización y evolución del castigo como un fenómeno cultural, esto es, un producto de una multiplicidad de factores muchas veces dejados de lado, como lo es el análisis de los valores y sentimientos de una sociedad. Esto es olvidado por autores que revisan la evolución del castigo desde una perspectiva funcionalista, la cual demuestra cómo funciona la penalidad al propiciar el control, la clase o la solidaridad. En palabras de Garland, confunden la “significación” de la penalidad para los actores implicados, con aquella de la penalidad para el funcionamiento del sistema, lo que de ninguna manera es lo mismo.⁴

Lo anterior, ocurre en las obras de Foucault, Durkheim y Rusche & Kirchheimer (obras que por lo demás Garland analiza a fondo en su libro), puesto que relegan las sensibilidades a un segundo plano en sus análisis producto de concentrar su estudio en un parámetro determinado e inadvertido de otras áreas. Así podemos apreciar como Foucault concentra el estudio del

⁴ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 227

castigo en el poder, Durkheim en la solidaridad y Rusche & Kirchheimer en las necesidades del mercado e intereses económicos. Si bien puede decirse que el estudio de cada una de estas áreas lleva implícito una apreciación o revisión de los valores y sentimientos de una sociedad, ello se mantiene en un plano latente, casi incidental. El problema que se divisa es que pese a analizar la cultura como un factor de cambios en el castigo, se enfocan en un determinado elemento que se ajusta a los intereses del autor, dejando de lado los demás. La cultura, en contraposición, no puede escindirse de los sentimientos para explicar la penalidad en su significado social, ya que es uno de los elementos que más lo influyen. Pese a lo anterior se divisa un factor común de los fenómenos culturales, esto es la interconexión de la cultura con la acción, modos de vida y situaciones materiales del contexto social. Así la podemos entender como una compleja trama de patrones sociales que se originan y respalda los unos a los otros.

A raíz de la relegación de los sentimientos y pudores (significación de los actores) de quienes, a fin de cuentas, construyen sus futuros e instituciones, Garland redacta, en los capítulos noveno y décimo del libro antes mencionado, sus postulados acerca de las sensibilidades y el castigo. Para ello, se apoya en autores como Norbert Elias y Spierenburg, los cuales informan ciertas evoluciones culturales que dan cuenta de los cambios en las sensibilidades, tanto en las costumbres de un vivir diario, como de las formas de castigo existentes en las diversas épocas. De esta manera, “pese a que las líneas de causalidad corren en ambas direcciones y la penalidad contribuye a la formación de la cultura, será mejor abordarla como un intento por describir el castigo como un artefacto cultural, que encarna y expresa las

formas culturales de la sociedad.”⁵ Siguiendo lo anterior, Garland busca identificar ciertas formas en que los valores entran en el proceso penal y cómo influyen las mentalidades y sensibilidades culturales en las instituciones penales.

Al ser entendido que la cultura da cuenta de los patrones de conducta penal, Garland aclara su significado en un sentido amplio, esto es, incluyendo los fenómenos de conocimiento denominados mentalidades y aquellos relacionados con la emoción, llamados sensibilidades. Dentro de los primeros (aspecto cognitivo) se comprenden los conceptos, valores, categorías, distinciones marcos de ideas y sistemas que los humanos utilizan para darle sentido y ordenar su mundo. Aquí nos encontramos con que las ciencias, filosofías, el sentido común, la moralidad justicia y la moda o el buen gusto son abarcados por esta primera parte. Estas mentalidades o formas de pensar se vinculan profundamente con los sentimientos y sensibilidades, que corresponden al segundo segmento de la cultura. El vínculo que los adhiere es tal que la dimensión afectiva es determinante en la configuración de la mentalidad de la cual se trate, así por ejemplo las ciencias buscan la alienación de los sentimientos a fin de conseguir una objetividad y las religiones incentivan un rango de emociones diversas (pasión y estoicismo). De esta forma al hablar de cultura, Garland se refiere a un concepto que abarca no sólo los sistemas intelectuales sino también las sensibilidades emocionales. Partiendo de esta base se puede sostener que dichos sentimientos tienen una fuerte influencia en las construcciones culturales como lo son el castigo y sus formas de materialización. Por consiguiente, la intensidad de los castigos, las formas para irrogar un mal o infringir dolor, se determinan no sólo por la conveniencia que generen, sino por las costumbres y

⁵ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 227

sensibilidades de un determinado momento en la historia. De esta forma surgen los conceptos de un castigo justo y civilizado o inhumano, los cuales demarcan los límites y contornos de la penalidad. Si bien estos, no pueden ser tenidos netamente como un resultado del desarrollo y progreso de la mente humana y civilización (crítica de la hermenéutica de la sospecha), tampoco pueden rechazar las convicciones morales y sensibilidades que les configuran, cuestión que ha sido a los ojos de Garland, un resultado de la obsesión ante el control y el dominio social que se ha mantenido en la discusión del castigo. Así expone:

“Es probable que los cuerpos encadenados, flagelados, o los delincuentes expuestos a la violencia de la multitud en el patíbulo o la picota, ya no encajen con las estrategias de las normas y relaciones políticas de nuestra época, de modo que su desaparición puede entenderse en términos políticos. Pero también podría ser que estas medidas resultaran ahora una afrenta a la sensibilidad normal de los individuos que se han formado en las sociedades modernas occidentales, y la realidad y fuerza de esta sensibilidad y compromisos morales podrían ser percibidas de inmediato por cualquier gobernante que tratara de reintroducir tales métodos “bárbaros” en este contexto cultural.”⁶

Lo anterior no niega en lo más mínimo la veracidad de postulados atinentes a cuestiones de poder, control y demás motivos ulteriores, tan solo complejiza su interacción con la sensibilidad de la sociedad.

⁶ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 231

En definitiva, el castigo puede ser entendido, según explica el autor, como un complejo artefacto cultural que codifica los signos y símbolos de una cultura más amplia en sus propias prácticas.⁷ Es una pieza de un intrincado sistema, a la vez que un conjunto de prácticas materiales sociales en que se sanciona con fuerza.

Una vez habiendo determinado la influencia de la cultura en el castigo es menester probar el postulado, para ello Garland intenta delimitar mecanismos en los que las formas culturales influyen en las penales. Pese a que sería imposible la revisión total del sinfín de casos concretos, el autor propone algunos breves ejemplos de nociones culturales que han dejado su esencia en las formas de castigo.

A continuación, Garland señala una serie de formas culturales que emanan de las diferencias nacidas natural o socialmente. Los conceptos antagónicos tienen un importante lugar en las culturas, así las cosas, términos como joven o viejo, rico o pobre, hombre o mujer, negro o blanco, tienen una significación propia en cada una de las culturas en las que se sumergen, siendo el término una categoría definida, rodeada de expectativas y comprensiones. De esta forma podemos apreciar, en torno al análisis concreto de dichos términos, cómo al ser recogidos y entendidos por una cultura, también se introducen en las prácticas del castigo.

Un primer ejemplo de lo anterior es encontrado en la diferencia entre adultos y los jóvenes e infantiles, ya que el “juicio de un menor” lleva aparejado una serie de supuestos culturales respecto a sus características. Históricamente podemos vislumbrar que las distinciones naturales y evidentes a las que adherimos actualmente no lo han sido en otras épocas y otras

⁷ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 233

culturas. Durante los siglos XVII y XIX la diferencia entre un infante y un adulto no era determinada desde la psicológica, ya que el desarrollo era alcanzado en una etapa temprana del sujeto. De esta forma los castigos a jóvenes de 12 a 14 años podían comprender incluso la ejecución. No fue sino hasta el siglo XIX que se comenzó a reestructurar, de la mano de psicólogos y epistemólogos como Jean Piaget⁸, la noción de la niñez y la juventud. Este cambio cultural trajo aparejados movimientos reformistas importantes que buscaron adecuar la ley a la cultura.

En segundo lugar, las diferencias de género han sido un punto cambiante en el entramado de nociones culturales previstas de contenido y expectativas (matiz cognitivo). En cuanto a la política penal, esta se ha caracterizado por tratar de manera diferenciada a las mujeres delincuentes de su contraparte masculina. Siendo en ocasiones el castigo más misericordioso y en otras único atendiendo a su sexo, entre otros, el garrote vil y la hoguera. La opinión cultural tenida respecto a la mujer y su papel en la vida diaria define el castigo que ha de ser proporcionado al género. En definitiva, se tiene un marco de masculinidad y feminidad que además de configurar comportamientos, determina los castigos. Lo anterior fue evidenciado gracias al feminismo el cual, como movimiento cultural, busca aquellas convenciones.

Otro ejemplo evidente de la diferencia jerárquica en los castigos de nobles y plebeyos, que por lo demás aún puede apreciarse en cierto sentido en los acuerdos reparatorios que posibilitan, a quienes detentan el capital necesario, la expiación de sus crímenes por el pago de una compensación, cuestión que mantiene vigente la segmentación punitiva de castas. Si bien, al igual que el racismo, sigue vigente de maneras más sutiles, se trata de un testimonio

⁸ Piaget, Jean. 1997. *Psicología del Niño*. Madrid, Ediciones Morata.

de una costumbre en demasía arraigada en nuestra naturaleza y por ello se resiste con fuerza al cambio acelerado. En conclusión, las distinciones antes mencionadas dejaron de ser un factor reconocido para la determinación de la pena, abandonando el espectro legal.

Una de las mayores fuerzas culturales en el análisis de Garland, que ha influido en la política penal, es la religión. Esto por su fuerte presencia en los tratos a los delincuentes y en los significados religiosos que revestían a los castigos en las épocas antiguas. Se entendía el castigo como un pecado o impureza y debía ser expiado o purificado mediante la imposición de un castigo, el cual se manifestaba como un ritual. Entrando en la edad media el castigo y más aún, los sistemas legales comienzan un lento proceso para escindirse de la religión, ello sin restarle importancia a la influencia que aún mantiene en ciertas prácticas punitivas. A fin de ejemplo Garland menciona el confinamiento como un mecanismo de disciplina penitenciaria, ya que las sanciones de sangre se presentan incompatibles con las creencias clericales, por lo que las mismas iglesias construyeron sus propias instituciones carcelarias inspiradas en los ejercicios espirituales de confinamiento de las ordenes monásticas. También la reforma protestante brindó un cambio, sedimentando el trabajo duro que permitía la regeneración espiritual y castigo corporal de los reos. Como estos existen diversos cambios producidos por las visiones religiosas a raíz de su característica intrínsecamente cultural.

Desde la perspectiva del entendimiento del concepto de Criminal, también se hace referencia en el libro en cuestión, a la capacidad de generar influencias en el cambio penal. Avanzando las ciencias y el conocimiento afianzado, se ha logrado un cambio en las instituciones penales y el trato que se brinda a un criminal. En un comienzo la caracterización de un criminal era la de un pecador, que debía ser castigado en pos de la mantención del orden y de la salvación de su alma. Se utilizaba el castigo como un recordatorio permanente a los individuos, de que

el mal yacía en todos y que cualquiera podía caer en él, por ello el ritual al que se sometían era más bien un sermón a los asistentes. Durante el siglo XVII se mantiene una visión de un hombre pecador, pero se le da un énfasis a la forma de vida que el pecador mantenía, así se edifican ciertos ideales de lo que debe ser un sujeto respetable y correcto. El desviarse del carril que debían seguir los adiestraba en la maldad, por lo tanto, se juzgaba el hábito del sujeto. Por último, ya en el siglo XX se determinó al sujeto criminal como un ser humano anormal, que se moldeaba por factores genéticos, psicológicos y sociales determinantes. Las personalidades de los individuos fueron el objeto de la determinación de una necesidad de castigo especializándose su tratamiento según su tipo de personalidad. Este ejemplo refleja cómo los cambios en el conocimiento científico, el cual se tiene como uno relacionado de forma especial con la verdad, condicionan los tratos y castigos que se les dan a los criminales y más aún cómo la cultura se ve moldeada por estos, repercutiendo en el paradigma cultural y el desarrollo histórico.

En último lugar, Garland explica cómo el concepto de Justicia, al ser una forma cultural, también se ve moldeado y transformado por el transcurso del tiempo. La noción histórica de una justicia categórica, inalienable y atemporal responde a una idea Kantiana de un absoluto, pero ello no se condice con la realidad. La idea de justicia sufrió cambios significativos con el tiempo producto de la variación en las mentalidades, las cuales configuraron la justicia en las distintas épocas. En el análisis de John Beattie, se aprecia una transición desde una justicia de decisiones personalistas y discrecionales (s. XVII). Ello más que una negación de la justicia o abuso representaba, para la época, su expresión cultural. Posteriormente, y a la par con las ideas ilustradas, se dio paso a una desconfianza en el poder judicial, tornándolo un poder neutro, remitiéndolo a la estricta aplicación de la ley, así en palabras de Montesquieu:

“Podría ocurrir que la ley, que es al mismo tiempo clarividente y ciega, sea en ciertos casos demasiado rigurosa. Pero los jueces de la nación no son, como hemos dicho, sino la boca que pronuncia la palabra de la ley; seres inánimes que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor”.⁹ Esto dio paso a un entendimiento completamente diferente de la justicia, la cual se caracterizó por ser racional, uniforme, proporcional y más importante aún, equitativa. Lo que una vez fue visto como la forma de hacer justicia se volvió lo más aborrecido por la nueva mentalidad surgida de los cambios culturales. Por último, el cambio venido en el siglo XX se produjo a razón del clasicismo y la justicia formal presentes desde la ilustración. Siendo combatido lo anterior a través de la persecución de resultados sustantivos en atención de las consideraciones individuales que amerite cada caso y la flexibilidad que se permita a los jueces para lograrlo. Nos encontramos ante una idea de justicia sustantiva, que se sumerge en una tradición liberal. En concordancia con lo anterior surge, por ejemplo, la Sana Crítica como valoración probatoria, lo que permite a los jueces un criterio reglado (en cuanto deben cumplir con la explicación en base a las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia) pero abierto.

Los problemas presentes en la actualidad, ante los ojos de Garland, son expresiones de conceptos contradictorios de justicia que coexisten en la cultura moderna.¹⁰ En otras palabras, las reminiscencias del pasado obstruyen la construcción de los nuevos sentimientos y culturas respecto a la justicia y demás conceptos moldeados por este complejo sistema de influencias recíprocas. Así, los problemas por aplicar políticas penales congruentes se originan en la multiplicidad de nociones avaladas por la pluralista sociedad moderna.

⁹ Montesquieu. 1748. *Esprit des Lois*, Liv. XI. Chap. VI. p. 327

¹⁰ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 242

Todas las formas culturales expuestas en los párrafos anteriores corresponden al análisis efectuado por Garland acerca de su influencia en las políticas penales. De la misma manera en que la cultura varía, lo hacen sus conceptos e instituciones, ya que en definitiva nos encontramos ante una amalgama constituida de un sinfín de elementos interrelacionados. Dicha amalgama es una forma de vida, tiene sus propios términos, categorías y símbolos que contextualizan la existencia de las políticas penales. Por lo anterior si una fuerza o influencia externa (leyes o razones culturales o económicas) pretende modificar dicha política penal, en un primer lugar, tendrá que cambiar la cultura penal en la que se encuentra inmersa. Así los operativos, educación y fuerzas sociales externas vinculan, según anuncia Garland, la cultura penal con el ámbito social en el que existen, ello es, relacionándose en un contexto cultural más amplio, siendo afectados por la opinión pública y las actitudes o tradiciones sociales prevalecientes.

Como esquema general de lo anterior Garland explica que las políticas penales, previo a ser modificadas requieren que exista, a su vez, una transformación en la cultura penal, la cual se ve afectada por las formas culturales más amplias las que se constituyen de patrones de vida material y acción social de la sociedad.¹¹ Garland cierra este capítulo explicando: “Mi interés en este punto es delinear las relaciones que vinculan esta cultura penal con el ámbito social en el que existen y, sobre todo, mostrar la forma en que algunos temas culturales fluyen tanto a través del castigo como de la sociedad.”¹² Esto fue realizado en parte al analizarse a lo largo de la obra, los aspectos determinados de la cultura penal como productos de fuerzas sociales externas. Cuando los teóricos mencionados al comienzo de este capítulo analizaron términos

¹¹ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 247

¹² *Ibidem*. p. 246

específicos y los vincularon a redes más amplias de poder y economía, en realidad lo que explicaban era la cultura penal y sus cimientos en las estructuras de la vida social. El problema que esto generó es que al vincular directamente la cultura penal con la estructura social sus interpretaciones dejaron de lado grandes tramos del marco cultural mediador en el que existe la penalidad, sobre todo aquellas formas de vida cultural, como el sentimiento religioso o la sensibilidad humana, que no encajan en su enfoque teórico. Las mentalidades, no han de tenerse como únicas en la idea de cultura, y por ello el salto desde una cultura penal a las estructuras sociales típicamente admitidas, olvida el matiz emotivo que tan importante resulta para un análisis literario.

Respondiendo a este problema Garland rescata la cuestión de las sensibilidades como influencia en las políticas penales, comenzando así el capítulo que a continuación será analizado.

2. Castigo y Sensibilidad

Habiéndose abordado los aspectos cognitivos de la teoría de Garland en el apartado anterior, es necesario, al admitir la omisión en la que incurren los autores que brindan concepciones teóricas del castigo, reivindicar la utilidad de las sensibilidades en el análisis histórico o genealógico de las sanciones. Lo anterior entendiendo la interpretación adecuada de cultura, la cual no sólo comprende las mentalidades y formas de pensamiento de una sociedad, sino también las sensibilidades.

En un primer lugar Garland expone ideas fundamentales sobre las sensibilidades, emociones y estructuras de afecto. Estas guardan su origen en la psicología, por ello Garland señala que el ser humano no es un recipiente vacío que guarda los contenidos de una cultura, sino que muy por el contrario las emociones y motivaciones de los humanos se desarrollan diversamente y adaptan a las formas de socialización y comportamiento. Esto nos lleva a hablar sobre una especie de “naturaleza humana”, la cual no se basa en un absoluto intrínseco a todos los humanos en todas las épocas, mas en un resultado histórico de los diversos modos en que actúa la cultura sobre la naturaleza del individuo concreto, temporal y cambiante. Todas las culturas fomentan ciertas formas de expresión emocional y prohíben otras, con lo que contribuyen a configurar la estructura característica de afectos y sensibilidad en sus miembros.¹³ En definitiva la cultura sirve un rol modelador y ordenador, afectando las sensibilidades y más aún, las vidas de sus integrantes. Así, la diferencia emotiva, emocional, sensible e inhibitoria entre las culturas resulta innegable ante la capacidad tanto generativa

¹³ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 249

como destructiva que puede tener una cultura en sus integrantes, logrando incluso, las formas y prácticas culturales, modificar la psique humana y su desarrollo.

La sensibilidad de las culturas muta al paso del tiempo y su entendimiento e investigación histórica es necesaria para entender la figura del castigo, puesto que guardan una relación directa de influencia. El crimen y el castigo provocan respuestas emocionales y psicológicas de los integrantes de las sociedades que los imparten, ya sea como meros espectadores o involucrados. Existe una relación de discordia entre los sentimientos presentes en las personas, lo que vuelve complejo el decidir un castigo adecuado para el criminal. El temor, la hostilidad, el odio y la venganza compiten con la piedad, compasión y el perdón, cuestión que se acentúa cuando el castigo implica el uso de la violencia o la imposición de un mal, ya que prevalecen ciertas formas permitidas y su aceptación por el público.¹⁴ En cuanto a la política penal y la administración de los castigos, pese a que se considere desde una perspectiva funcionalista, enfocada en los medios y fines, sólo se aceptará una medida penal si es congruente o se adapta a lo tolerado emocionalmente por una sociedad. Ello por cuanto las decisiones políticas siempre serán determinadas en atención a un “telón de fondo” de las moralidades y sensibilidades (las cuales moldean y fueron moldeadas por la cultura) que establecen los límites de lo tolerable por una cultura o sociedad. En definitiva, las sensibilidades determinan lo apropiado, correcto o adecuado incluso para el caso del castigo. Por esta razón se deja fuera de lo permitido moralmente, una serie de castigos que no tienen lugar en las sensibilidades de las sociedades modernas, ya que no se condicen con la superación de la barbarie en pos de la civilización. Garland define esto como un “Juicio visceral”, el cual expresa la repugnancia emocional hacia determinados tipos de castigos,

¹⁴ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 250

demarcando las fronteras de lo aceptable o permitido en las políticas penales. Fronteras que son casi invisibles, como se menciona previamente trabajan como un telón de fondo, teniéndose por sentado su existencia en la era civilizada. Llega a ser visible sólo ante propuestas escandalosas que cruzan la línea de lo aceptado o cuando la normalidad de otra época se bifurcaba tanto de la moderna que se vuelve evidente.

Resulta de lo anterior, a ojos del autor en cuestión, la influencia determinante que poseen la estructura de las sensibilidades en los castigos. Claro está, que dichas sensibilidades no se han mantenido inmutables en el tiempo, ya que al ser construcciones culturales están sujetas a cambios y evoluciones. De esta forma Garland sienta la base de la cuestión acerca del castigo y las sensibilidades, a lo largo de este capítulo intenta investigar la naturaleza exacta de las sensibilidades modernas, la manera en que lograron adquirir formas específicas y sus consecuencias.

Pese a existir voces que transmiten la idea de la sensibilidad en el castigo, entre ellas las que califican a un castigo como bárbaro, repugnante o crueles e inusuales; aquella paradigmática es “lo civilizado”. Hablar de un castigo civilizado es admitir la aceptación de las sensibilidades colectivas a este método punitivo. La relación de ambos conceptos se origina con las ideas de la Ilustración, que levantaron estandartes contra los métodos de castigo incompatibles con las sociedades civilizadas. Así el concepto de lo civilizado entendido por Garland es aquel neutral y libre de juicios que se utiliza para describir una configuración particular de sensibilidades y actitudes que es característica de las sociedades occidentales en el periodo moderno y que representa el resultado de un largo proceso de cambios culturales

y psíquicos.¹⁵ Entendido así, el castigo civilizado posee una importancia histórica y cultural tal que permite analizar las sensibilidades en las diversas épocas a través de los castigos imperantes.

Para la revisión de la permeabilidad de las sensibilidades en las construcciones culturales y prácticas o costumbres sociales, Garland reconoce la indispensabilidad del trabajo de Norbert Elias, quien ofrece una descripción detallada del cambio en la sensibilidad occidental además de definir los numerosos patrones que parecieran estar subyacentes en la multitud de cambios en la actitud y conducta. Tras señalar dichos cambios Elias los vincula a procesos de cambio más extensos en la organización social. Si bien Elias no ofrece verdaderos ejemplos acerca de la historia del castigo, Garland reconoce la importancia del análisis del desarrollo y la sensibilidad moderna en la historia del castigo y por ello analiza los temas principales de la obra de Elias que demuestran el desarrollo histórico de las sensibilidades y en base a ello realiza un análisis este desarrollo en torno al castigo.

Elias entiende el concepto de civilización como una “transformación de la conducta humana”¹⁶, la que incluye matices individuales y colectivos, así las prácticas culturales, rituales e instituciones manifiestan la conducta colectiva presente en una sociedad. Para demostrar los cambios estructurales psíquicos y sociales, Elias realiza una labor altamente empírica, revisando aquellos ejemplos de transformaciones específicas que dan cuenta del concepto de civilización. Dichas transformaciones son el producto de un proceso prolongado

¹⁵ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 252

¹⁶ ELIAS, Norbert. 1978. *The civilizing process, vol.I, The history of manners*, USA, Pantheon Books. p. 51

de cambio que modifica la conducta y la vida emocional de occidente desde la Edad Media hasta nuestros días.¹⁷ La brecha existente en los comportamientos característicos de ambas épocas es evidente, puesto que las costumbres y modales difieren en una amplia gama de ejemplos. En atención a ello Elias toma la tarea de detallar dichas variaciones y etapas a través de un brillante uso del corpus de documentos históricos que narran y describen las normas de conducta y las sensibilidades de sus épocas. Al igual que la pretensión última de este trabajo, Elias utiliza las creaciones humanas de las diversas épocas para dar cuenta de las conductas y sensibilidades inmanentes a sus contextos y vidas. Así las obras de ficción, pinturas, textos pedagógicos y manuales de etiqueta sirven a este propósito de reconstruir un sentimiento, un odio, un miedo o un amor.

La conducta fue, en definitiva, variando según las demandas de normas culturales, lo que permite apreciar ciertos patrones y principios que se suscitan de las actitudes individuales y que permiten un orden y dirección claros a la cultura. De esta forma podemos admitir que la civilización se trata de un proceso con una multiplicidad de causas y efectos, ya sea individuales como sociales. Para Elias, la interdependencia de los sujetos en las sociedades tendientes a la civilización genera un canal de conexión y comunicación apto para la transmisión de ideas y conductas. Esto resulta del autocontrol y la consideración o empatía hacia los otros que promueven estas sociedades. En cuanto a la violencia, se vuelve un poder monopólico del Estado, lo que resulta en una disminución de los enfrentamientos y resoluciones autocompositivas de conflictos. También la educación de las castas sociales más altas genera cambios en estos sectores de la sociedad, que terminarán siendo transmitidos al

¹⁷ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 253

burgo. Estos cambios, se encuentran consagrados más no asegurados inexorablemente, puesto que pueden revertirse producto de guerras, revoluciones o catástrofes, ello por su eminente carácter cultural moldeable y su dependencia a las formas de organización y construcciones sociales.

La sique en el análisis de Elias es influida por los cambios en las demandas culturales y las relaciones sociales. Desde un punto de vista Freudiano los humanos hacen suyos los temores, ansiedades e inhibiciones de su entorno social, desarrollando un superyó que restringe la expresión de los deseos instintivos por orden de las exigencias de la vida cultural. Esto es, un proceso psíquico de civilización, ya que el código social de conducta logra imprimirse con tal ímpetu que logra ser un elemento del yo del individuo y este elemento, al igual que la estructura de la personalidad del individuo, sufre cambios que obedecen al código social de conducta y la estructura de la sociedad.¹⁸ Lo anterior es importante para Garland en cuanto la transformación psicológica también modifica las formas de castigo. La administración de la violencia por un ente estatal genera uno de los cambios previamente señalados, ya que se genera una nueva forma de relacionarse con otros seres humanos y consigo mismo, esto al requerirse un autocontrol por parte del individuo. Se prohíben cada vez más las demostraciones de agresión o emoción espontánea y mediante un aprendizaje social (a través de sanciones a las conductas no deseadas) se desarrolla una capacidad de control tanto consciente como inconsciente (en cierto punto se vuelve un comportamiento natural y automático). Así las demandas culturales y la fuerza gubernamental moldean reprimen los

¹⁸ ELIAS, Norbert. 1978. *The civilizing process, vol.I, The history of manners*, USA, Pantheon Books. p. 19

placeres instintivos.¹⁹ En definitiva, a mayor represión y tolerancia mayor delicadeza y sensibilidades. Con el advenimiento de la Ilustración y las ideas democráticas el reconocimiento al otro y la igualdad formal del hombre se genera un cambio civilizador en las formas de conducta hacia los demás individuos, convirtiéndose más que en un instrumento en una parte de la naturaleza del ser humano. Como resultado del proceso de cambios psicológicos y culturales se tiene la actitud científica, objetiva, racional e imparcial. A través de esta nueva forma de contemplar y entender el mundo, el ser humano puede apreciar de mejor manera sus sentimientos basados en la racionalidad y emotividad de su entorno.

En la obra de Elias se demarca un rasgo clave en la evolución de modales y rituales culturales, este es la privatización de los sucesos perturbadores. A medida que la civilización fue cobrando fuerza, el sexo, la violencia, las enfermedades, el sufrimiento y la muerte se relegan a un espacio privado por el malestar y vergüenza que los individuos comienzan a experimentar al presenciarlos. Así las alcobas, los baños, las celdas de la prisión y los pabellones de los hospitales cumplieron la labor de alejar estas conductas de la vista pública. De nuevo, los instintos y deseos animales son aborrecidos cada vez más por su connotación incivilizada.

¹⁹ Podría decirse en esta visión que el hombre es domesticado, pero ello no necesariamente es cierto, los placeres podrían entenderse, si les asignamos la misma cualidad cultural que postula Garland, como una construcción cambiante en el tiempo, lo que denotaría la construcción de una “naturaleza humana” como ya fue mencionado previamente.

Elias advierte el cambio en las alcobas, que se tornaron el área más íntima y privada de la vida humana, ocultándose los deseos e instintos en este lugar donde los individuos pueden darles rienda suelta al caer la cortina. Para Garland el encerrar las conductas vergonzosas tras bastidores es claro ejemplo del proceso síquico de represión en el cual los deseos instintivos se relegan al inconsciente.

También la violencia queda relegada a un ámbito privado, la imposición de castigos se esconde dentro de las murallas de una cárcel y a manos de profesionales. Es paradójico que la capacidad del ente estatal de desincentivar la violencia se logre mediante la imposición de violencia, pero por ello es necesario también alienarla de la vida pública para alejarla de la emocionalidad que podría traer aparejada.

Conforme a lo anterior la civilización según Elias nada tiene en común con el discurso liberal de mejoramiento moral ni demuestra una reducción en la maldad del ser humano, simplemente se presenta una nueva configuración de poder y de cultura. No se mide en torno a un concepto de moralmente superior o clemente, sino respecto a los cambios sociales y psíquicos que han cambiado la vida cultural. El mal irrogado sigue practicándose por los individuos, es sólo que se ha alejado de la vida pública en atención a los sentimientos de los individuos que no sufren. Elias define la variación como una curva típica de civilización²⁰ y da el ejemplo de los modales en la mesa, que contemplan desde trinchar el animal en la mesa hasta retirar el trinchado detrás de escenario. En atención a lo anterior, Garland explica que en el ámbito penal se produjo un fenómeno similar, desde las penas capitales ejecutadas en

²⁰ ELIAS, Norbert. 1978. *The civilizing process, vol.I, The history of manners*, USA, Pantheon Books. p. 121

público, pasando por la privatización del castigo por ser un acto de mal gusto hasta llegar a prohibirse los castigos corporales y la pena de muerte. Si bien este análisis plantea la neutralidad de los cambios, parece razonable reconocer la paulatina variación del sujeto de interés de las sensibilidades. Pese a que en un comienzo se ocultó el castigo en consideración del público general, los cambios a razón de sensibilidades en la actualidad van más allá del no ver los castigos, se busca un castigo humano y justo, por ello las metamorfosis del castigo experimentadas a futuro podrían llegar a calificarse de positivas y no meramente distintas. Como conclusión Garland esgrime la necesidad de incluir las variables culturales y psíquicas, que originaron las sensibilidades civilizadas, en el análisis de las instituciones del castigo. En esta medida es evidente que el papel de las sensibilidades en la determinación de las penas no es exclusivo, ya que los fenómenos psíquicos y culturales se entrelazan a estructuras sociales, luchas de clases y formas de organización político-económicas. Pero resulta innegable admitir la participación del fenómeno cultural defendido por Elias.

En la obra de Spierenburg, Garland reconoce un intento por explicar la Sensibilidad como agente de cambio. Aunque reconoce el declive en la funcionalidad de las ejecuciones públicas como despliegue del poder del Estado (a raíz del perfeccionamiento de la capacidad de apaciguar a los súbditos), se concentra en el cambio de sensibilidades y su carácter de condicionantes del desarrollo penal, ya que creó un contexto inmediato que acogió este cambio. En comparación las sociedades medievales tenían una gran tolerancia e incluso indiferencia a la imposición abierta de castigos, el sufrimiento de los criminales y la descomposición de los cadáveres en las calles, ya que estos sólo servían de recordatorio del poder monopólico del estado para castigar. Si bien podían existir casos aislados de empatía, no se trataba de un sentimiento generalizado. Podría establecerse que son los sentimientos

generalizados, en definitiva, los que permiten a un individuo estimar las sensibilidades de un momento dado, así si se consideraba que un castigo era necesario o merecido no generaba mayor desazón (por ejemplo, los realizados contra ladrones o alcahuetes). Esta indiferencia o tolerancia a la violencia ha mutado con el paso del tiempo (acelerado desde 1800) y Spierenburg rastrea estos cambios en la aparición de expresiones de repugnancia ante la violencia, sea a través de la literatura o documentos de ejecuciones. Siendo el sentimentalismo y humanitarismo el motor del cambio en los siglos XVIII y XIX, las elites formaron conciencias a través de la educación y repugnaron la falta de cultura y civilización presente en las clases inferiores. Esta sensibilidad se traspasó paulatinamente y a medida que los grupos gobernantes desarrollaron pudores y repugnancia a la violencia, el castigo comenzó a privatizarse y ocultarse. La ejecución pública, tortura e incluso la exposición de cadáveres de los criminales fue cada vez más detestada, hasta desaparecer en su mayoría para el siglo XIX. Si bien puede afirmarse, como lo hace Foucault, que para entonces las ejecuciones públicas habían perdido su utilidad funcional como estrategia de dominio del gobierno, los cambios culturales y sensibilidades contrarias a la violencia física se adecuaban y por tanto propiciaban el cambio en las medidas punitivas.

El aporte de Spierenburg en el campo de la investigación en comentario es el refutar la noción demasiado racional y calculada del castigo presente en la obra de Foucault. Este análisis que incorpora las sensibilidades al marco contrarresta la consideración exclusiva de estrategias de orden público y control social en demasía politizada. Así podemos argüir que las consideraciones de seguridad y el uso instrumental del castigo siempre están en tensión con

las fuerzas culturales y psíquicas encargadas de imponer límites claros sobre los tipos y la extensión del castigo, cuestión que complejiza y profundiza la noción de penalidad.²¹

Advierte Garland, ciertas cuestiones a tener en cuenta sobre las sensibilidades como elemento configurador del castigo. En primer lugar, señala que las actitudes emocionales y sentimientos no son, en sí mismos, observables. Razón por la cual sólo se pueden inferir a partir del análisis de declaraciones y actos. La inferencia conlleva un peligro de caer en errores de interpretación. Además de esta interpretación es posible inferir los cambios de sensibilidad a partir de modificaciones en la práctica social, lo que produce un problema de circularidad si se explican estas modificaciones a través de los actos y declaraciones (pero que en cierto sentido se explica porque ambas conviven en concomitancia, viéndose la evidencia externa en la alteración de prácticas legales y sociales que sugieren un cambio en la actitud). En definitiva, estos argumentos de motivos y sentimientos son difíciles de sustentar, debido a que nos enfrentamos a estructuras profundas de afecto y motivación. Por esta razón, se requiere de evidencias que trasciendan los meros sentimientos expresados y la retórica o exageración. En este sentido es menester tener cautela con la tesis de Elias, ya que tal vez está en lo correcto en relación con la estructura de la sensibilidad, pero tiende a exagerar el contraste entre los tipos de personalidad de los tiempos medievales y los modernos. Quizás da demasiada importancia a la configuración de la interacción social y presta, en cambio, poca atención a la importancia de las instituciones disciplinarias, económicas y políticas que desarrollan otros autores. Pese a lo advertido, Garland considera importantes las propuestas de Elias, resultando en especial útil su estudio del desarrollo y

²¹ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 267

carácter de la sensibilidad moderna, ya que ante las opiniones coincidentes de historiadores de la época, cabe tomar en cuenta el hecho de la sensibilidad, su mutación y consecuencias en las estructuras penales y su proceso de civilización.

La evidencia externa de las nuevas estructuras de sentimientos, anunciadas en las actitudes, se sustenta en las alteraciones de prácticas legales y sociales acordes con los cambios de actitudes. Es posible, en este sentido, apreciar una relación o similitud en el comportamiento de ambas y esto explica la característica explicativa o influenciadora de las actitudes.²² Incluso es posible ver, en ciertos casos, la anterioridad de las actitudes y cambios sensoriales en relación a los cambios legales, a modo de ejemplo ciertas objeciones de conciencia provocaron una serie de movimientos de reforma durante el siglo XIX y cuando las instituciones legales no lograban mantenerse al ritmo de los cambios en la actitud surgían conflictos entre normas y la conciencia. Como ejemplo Garland señala el caso de comerciantes y artesanos londinenses, quienes se mostraron reacios a entablar un juicio en contra de delincuentes contra la propiedad cuando existía algún peligro de que terminaran en la horca o a los jueces, quienes se rehusaban a la ejecución y dictaban veredictos de conciencia.²³

²² Cuestión que Garland identifica en los trabajos de otros autores que ven los cambios en el castigo y sus explicaciones en comportamientos sociales. Véase: Beattie "Violence and Society in modern England", en A. Doob y E. Greenspan (comps.), *Perspectives in criminal law*, 1984.K.

Thomas, *Man and the natural world: Changing attitudes in England 1500-1850*, 1984.

²³ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 272

Estas transformaciones responden al proceso de civilización, nacido en un principio en las elites pero que prontamente pudo expandirse a otros estratos sociales. Así, para la década de 1720 los términos de benevolencia y caridad se habían convertido en las palabras más privilegiadas del vocabulario literario. Había algo en la naturaleza humana que hacía que las penas de los demás fueran molestas para nosotros. Este pensamiento según K. Thomas, responde a un “culto de la ternura de corazón”, un “nacimiento de nuevas actitudes y emociones” que se tradujo en la voluntad de reducir el grado de crueldad física en el mundo.²⁴ Así, como vimos en la obra de Elias, el proceso de civilización se corresponde con la privatización, que sustituye los espectáculos públicos con una red de instituciones cerradas, como las cárceles y reformatorios, que ocultan el castigo y que entregan la ejecución a un especialista. Esta ocultación de los delincuentes, como problema social, y su posterior castigo se efectuó en pos de “proteger las sensibilidades”, esto debido a que el acto de infringir dolor, al igual que la matanza de animales, se convirtió en algo desagradable. Pese a considerarse necesaria esta actividad, el sujeto moderno no ve en ella una imagen edificante y por su bienestar es necesario esconderla. Además de la relegación del castigo tras bastidores, la civilización del castigo higienizó el sistema, eliminando las penas físicas y reemplazándolas por la privación de libertad. En cuanto al lenguaje se acuñaron conceptos eufemísticos que no denoten la práctica desagradable que se realiza.²⁵

Pese a la innegable participación de las sensibilidades en esta civilización, es necesario recordar que la sociedad, sus instituciones y sus miembros son resultados históricos, razón por la cual no podemos reconducir toda su determinación a un factor particular. A esto se

²⁴ Thomas, *Man and the natural world: Changing attitudes in England 1500-1850*, 1984. p. 175

²⁵ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. pp. 275-276

debe, de acuerdo a Garland, el menor desarrollo que tienen en el proceso de civilización, la compasión y el mejoramiento de las condiciones penales. En parte ello responde a otros aspectos del intrincado proceso civilizador, así el limitar el conocimiento sobre condiciones carcelarias y el aislamiento o extirpación social de los ofendidos provoca una alienación del sufrimiento. Probablemente esto sea una de las mayores aberraciones cometidas por el sistema carcelario moderno, además de acallar a los reclusos por medio de su inconexión, deshumaniza la impartición del castigo y lo vuelve un mero trámite sin permitirle a la “sociedad castigadora” la forma en que castiga. Al ver la pena de muerte es que la sociedad pudo desarrollar sensibilidades acerca de su práctica, y pese a que se puede tener una conciencia del castigo aún sin verlo, las sensibilidades pueden atravesar la indiferencia con mayor facilidad si son percibidos por los sentidos. Como se verá más adelante la cuestión acerca de condiciones carcelarias, que ha avanzado en el último tiempo, se ha tenido como constitutiva de un castigo cruel e inusual en estados unidos e internacionalmente se ha prescrito la necesidad de resolver castigos que puedan tenerse por tratos crueles o inhumanos.

Otros factores que demoran el mejoramiento del castigo son los intereses en conflicto como seguridad, control, la menor elegibilidad a la que se arriesgan los políticos por la difundida hostilidad punitiva que se ve presente en las sociedades, aun en las que se jactan de su civilización. Al respecto Garland ve explicada dicha hostilidad en ambivalencias inconscientes, las que generan una fascinación emotiva por el crimen y el castigo.²⁶ Así la dicotomía freudiana de los impulsos instintivos y la represión del superyó interactuarían

²⁶ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. p. 278

provocando una satisfacción o catarsis en el castigo de quién realiza lo prohibido pero deseado.

Por último, cabe mencionar el estado actual del castigo y las sensibilidades que le influyen. En los últimos 100 años, casi todo vestigio de métodos de penas corporales ha desaparecido. Debido a que el administrar dolores y sufrimientos físicos se demarcó como una práctica desagradable, se torna cada vez más inaceptable. En este punto cabe realizar una distinción, ya que la prohibición a la imposición del dolor no es total. Siguen existiendo penas que admiten la administración de dolor, pero ello es siempre que la opinión pública lo acepte y en determinadas formas. Un ejemplo es la cárcel, ya que el sufrimiento mental y psicológico, el deterioro físico y la pérdida de capacidades cognitivas y sociales, son formas de imposición de dolor y violencia. Esto se explica porque dichas penas son mentales y emocionales, y sus resultados perjudiciales son difíciles de apreciar concretamente en el corto plazo. Impartiendo el mal de esta manera, la condena se vuelve menos difícil de soportar por quien no la sufre. Así la violencia y el sufrimiento pueden ser tolerados de ser discretos u ocultos a la vista. Un ejemplo de esta aceptación de violencia que se adecúa progresivamente a las sensibilidades para crear métodos cada vez “más humanos” (u ocultos) de castigo, es el intento por encontrar una forma aceptable de impartir la pena de muerte. Así en primer lugar la guillotina buscaba dar muerte rápida e indolora, lo mismo con la silla eléctrica, la cámara de gases y la utilización de químicos letales. El dar muerte a otro ser humano se deshumanizó y se volvió un procedimiento científico.

El castigo moderno, como se desprende de este análisis, ha tenido en consideración ciertas sensibilidades y realizaciones decorosas a la hora de tenerse por “justo”. Pese a que quizás

lo que más ha determinado el cambio de formas corporales de castigo ha sido el disgusto de ver un castigo físico con afectaciones concretas, se ha dado cada vez más espacio a una crítica moral a través de la información y la exhibición de la violencia oculta en el castigo, resultando en el desarrollo de una empatía que no necesita tan sólo ver el sufrimiento de otro sino entenderlo.

A modo de síntesis, no podemos negar la importancia de las sensibilidades en la determinación de castigos aceptados. La evidencia expuesta demuestra, si podemos aceptar que el cálculo y el control no lo son todo, y que ciertas empatías o sentimientos mueven al ser humano; una concomitancia entre las sensibilidades de cada época y la forma en que se construye no sólo el castigo, sino la sociedad.

Teniendo en cuenta que no se puede restringir la forma que adquiera el castigo a las solas sensibilidades de una sociedad²⁷, este trabajo busca revisar su importancia en la determinación de las penas y cómo en la literatura y los estándares de castigo, se han manifestado ciertas sensibilidades que han permitido, a través de su estudio en un contexto histórico, determinar lo que se ha tenido, o no tenido por castigo justo.

²⁷ Como deja en claro Garland en el último capítulo de su libro: "Por ende, la historia penal está formada por "individuos históricos", como dice Weber y, al dar forma a cualquier acontecimiento penal -va sea una sentencia, la formación de un régimen o la instrumentación de una política penal-, conjunta diversas fuerzas en conflicto. Las ambiciones ideológicas pueden contraponerse a restricciones financieras inmediatas, la eficacia política estar en conflicto con las sensibilidades imperantes, los requerimientos de seguridad percibidos diferir de los imperativos morales, y los intereses profesionales de un grupo entrar en tensión con los de otro. Asimismo, la búsqueda de un valor moral generalmente involucrará la violación de otros. Tal cúmulo de circunstancias sólo se resuelve con resultados específicos por medio de luchas, negociaciones, acciones y decisiones de aquellos involucrados en el diseño e instrumentación de políticas, y únicamente puede rastrearse a partir de un trabajo histórico detallado."

III: Estándares de Castigo en el Marco Legal

Un estándar de castigo justo informa la existencia de un común denominador de aquello que se ha estipulado como adecuado a la normativa y preceptos sociales contemporáneos. Los estándares varían y mutan de acuerdo con el crecimiento y desarrollo de las sociedades, permitiendo así que el entendimiento de lo que las estas consideran un castigo justo o adecuado pueda permear a la práctica punitiva. De otra forma los dogmas seguirían osificados en los métodos de castigo y algo tan anormal, hoy en día, como la tortura y la inmolación seguirían siendo considerados como un medio legítimo para expiar pecados. Entendemos que tanto la religión como el desarrollo de los derechos humanos calan hasta los huesos más férreos, ya que, al tratarse de fenómenos sociales con una historia extensa y una consolidación a nivel mundial, han sido factores de cambio, y a la inversa, han sido cambiados por el hombre y su historia. Un estándar, en consideración de lo anterior, busca ser un factor moldeable, pero a su vez inviolable, que entregue al mecanismo punitivo un norte al cual apuntar y una noción que pueda apreciarse en concreto, haciendo uso de lo que se entiende como aceptable en un punto histórico. Así podemos apreciar en la actualidad, como los métodos de castigo han variado en atención a las sensibilidades, por ejemplo, en el caso de la tortura y los castigos físicos, que han perdido todo grado de validez en las democracias modernas.

Si bien en tiempos pasados la determinación de un castigo justo atendía a criterios abstractos que justificaban la implementación de un mal concreto (por ejemplo la retribución, disuasión, rehabilitación o control de quien cometiere el acto reprochado) en los últimos siglos se ha

tendido a estudiar las costumbres sociales y las sensibilidades, lo que en concreto ve las prácticas punitivas de una sociedad y permite determinar que se ha entendido por justo o injusto en las diversas sociedades y épocas. Que dichas prácticas tengan un origen en argumentos abstractos no resta la importancia de este análisis concreto, ya que conforme se complejizan los entramados de las sociedades y los pensamientos se expanden, más difícil es determinar una causa aislada en la aceptación o justificación de un castigo. El aparato punitivo, al igual que los humanos, se compone de una red neuronal infinita. La sinapsis nutre el castigo y como tal no podemos restringir su justificación a un solo factor. Este trabajo se dedica al análisis de las sensibilidades como moldeadoras del castigo, pero por ningún motivo las considera únicas en esta labor.

1. El castigo Cruel e Inusual en el caso estadounidense

Un ejemplo de un estándar que goza de elasticidad y a su vez brinda un concepto que no puede ser violado o sobrepasado es la fórmula constitucional de "Cruel and Unusual Punishment", resguardada en la Octava Enmienda a la Constitución de Estados Unidos (1791)²⁸ y cuyo origen se remonta a la Declaración de Derechos inglesa (1689), la cual disponía: “No se debe exigir fianza excesiva ni imponerse multas excesivas; ni infligirse castigos crueles e inusuales.”²⁹

The Anomaly of Executions: The Cruel and Unusual Punishments Clause in the 21st Century, (2013)

²⁸ Constitución de Estados Unidos de América, Servicio Informativo y Cultural de los EUA.

²⁹ BESSLER, John. 2013. *The Anomaly of Executions: The Cruel and Unusual Punishments Clause in the 21st Century*. British Journal of American Legal Studies, Volume 2. pp. 17

Respecto a qué se entiende por un castigo cruel e inusual, tanto la doctrina como la jurisprudencia estadounidense han tenido problemas a la hora de definir el concepto ya que, pese a haber sido recogido en la octava enmienda en el año 1791 los casos en que se reclamaba eran raros, siendo discutida tan sólo en 9 juicios antes de su consagración en la cláusula de debido proceso de la catorceava enmienda en el año 1962. Previo a ello algunos jueces asumían tácitamente su pertenencia a dicha cláusula³⁰, lo que les permitía aplicar las leyes consagradas en la Carta de Derechos de estados unidos en los diversos estados, cuestión que permitió la procedencia de algunos casos de castigos crueles e inusuales antes de su incorporación en la enmienda previamente mencionada³¹.

Otra explicación a la larga inactividad e indefinición de la cláusula puede deberse a su calidad Délfica, ya que es más perceptible determinar cuando las circunstancias de un caso afectan otras cláusulas de la Carta de Derechos, que determinar cuando lo hacen con la prohibición de un castigo cruel e inusual, en que los términos son vagos y ambiguos. Por otro lado, mientras la corte entendiese que la cláusula se extendía sólo a aquellos castigos que los autores de la Carta considerasen como crueles en 1789, cabría poco espacio para invocarla, porque existía poco peligro de que se autorizasen castigos tales como la rueda, el ahogamiento o el descuartizamiento.³²

Por estas razones la Corte Suprema disponía de una historia institucional escasa que explicaba, en parte, la falta de claridad en la definición del concepto de castigo cruel e

³⁰ Ver: Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459, 463 (1947)

• ³¹ RADIN, Margaret Jane. 1978. *The Jurisprudence of Death: Evolving Standards for the Cruel and Unusual Punishments Clause*. University of Pennsylvania Law Review. Volume 126. pp. 9

³² ídem

inusual. Esto cambiaría al presentarse la problemática de la pena de muerte en *Furman v. Georgia* (1972). En este caso el juez Brennan indagó en el significado sustantivo de la cláusula, explicando que:

“Casi un siglo atrás, esta corte observó lo difícil que sería el cumplir con el esfuerzo de definir con exactitud el alcance de la disposición constitucional que estipula que el castigo cruel e inusual no podrá ser impuesto. *Wilkinson v. Utah*, 99 U.S. 130, 135-136 (1879). Hace menos de 15 años, fue nuevamente advertido que el alcance de la frase constitucional ‘cruel e inusual’ no ha sido detallada por esta corte. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 99 (1958). Esas declaraciones se mantienen ciertas hoy. La cláusula del castigo cruel e inusual, como otras grandes cláusulas de la constitución, no es susceptible de definición precisa. Con todo sabemos que los valores e ideales que encarna son básicos para nuestro sistema de gobierno. Sabemos también que la cláusula impone sobre esta corte el deber, cuando el problema es presentado propiamente, de determinar la validez constitucional de un castigo impugnado, cualquiera sea este castigo. En estos casos, el problema nos confronta, y la tarea de resolverlo es inescapablemente nuestra.”³³

El juez Brennan entabla la idea de que el problema de fondo es la formulación de principios que puedan ser aplicados por la corte y no así la posibilidad de prohibir castigos obligatorios establecidos por el legislador, ya que precisamente esa es la idea detrás de esta cláusula constitucional.

Así enuncia una serie de principios por los cuales es posible determinar si un castigo en particular reviste el carácter de cruel e inusual³⁴.

Estos principios son:

³³ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972)

³⁴ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972)

- 1- El predicado esencial por el cual un castigo no podrá ser severamente degradante a la dignidad humana, en especial la tortura.
- 2- Un castigo severo que es obviamente infligido en una manera totalmente arbitraria.
- 3- Un castigo severo que es clara y totalmente rechazado a través de la sociedad.
- 4- Un castigo severo que es patentemente innecesario.

La imposición y cumplimiento de la pena de muerte en este caso particular, termina siendo considerado por los jueces de la Corte Suprema, como constitutivo de castigo cruel e inusual. Basándose en la evidencia de inequidad, discrecionalidad y aleatoriedad en la aplicación del castigo los jueces argumentaron que la pena capital había estado siendo impuesta desproporcionadamente a los pobres, negros y demás grupos minoritarios. Así, en concordancia con el segundo principio identificado por el juez Brennan, la pena de muerte fue reconocida como inusual si discrimina al acusado por razón de su raza, religión, riqueza, posición social o clase, o si es impuesta mediante un procedimiento que da espacio a tales prejuicios. Pese a existir disenso en las razones, se logró una mayoría entre los jueces que proclamaban la falta de un debido proceso en el caso concreto y aquellos que condenaban la pena de muerte como un castigo cruel e inusual en cualquier circunstancia. Esto provocó una especie de limbo en el que la pena de muerte carecía de claridad constitucional (la que se resolvió 4 años después en *Gregg v. Georgia* a favor de la constitucionalidad de las leyes que determinan penas de muerte), pero a su vez determinó la necesidad de imparcialidad en un castigo “justo”.

Así se han construido diversas ganancias tendientes a la prohibición de la pena de muerte en Estados Unidos. Entre otras se pueden mencionar: 1976 la Corte Suprema declara que la imposición obligatoria de pena de muerte en homicidios de primer grado viola la octava enmienda. Al año siguiente la corte suprema determina la inconstitucionalidad de la pena de muerte en los casos de violación en que la víctima sobrevive. 1978 la corte regla que las autoridades sentenciadoras deben considerar cada posible factor mitigante. 1980 se sostiene que la pena de muerte no es posible para homicidio simple, ni para los casos en que el imputado sea un participante que no cometa o intente cometer un homicidio. En 1986 se prohíbe la ejecución de personas que sufran de demencia.

A la fecha aún más medidas y resoluciones han dado cuenta del cambio paulatino y oscilante en la legalidad de la pena de muerte en estados unidos. Si bien son manifestaciones de una sensibilidad tendiente a la prohibición de la pena de muerte (cuestión que la misma corte ha podido entender, puesto a que ellos deben reflejar en sus decisiones las evoluciones sociales), diversos factores políticos económicos y sociales, actúan en la psique y en la voluntad general, provocando la exacerbación popular de la pena de muerte en períodos. En consecuencia, y debido a la politización del sistema jurídico de Estados Unidos, los casos de pena de muerte son sentenciados teniendo en cuenta el clamor popular y ello genera ciertos retrocesos.³⁵ Esto demuestra la problemática señalada por Garland respecto a la mejora tan solo parcial de los castigos en el proceso de civilización. Existen factores sociales y psíquicos decisivos en esto, como por ejemplo la influencia de poderosos intereses que abogan por la

³⁵ Un ejemplo de esto es la situación vivida en el 2016 en que las votaciones populares en los estados de California, Nebraska y Oklahoma manifiestan el apoyo a la pena de muerte, manteniéndola, restituyéndola y apoyando su constitucionalidad respectivamente.

preservación de la seguridad y el control, así como la preocupación de una menor elegibilidad y la difundida hostilidad punitiva hacia los trasgresores; que reportan ambivalencias psicológicas producidas por instintos reprimidos por el superyó.³⁶

Pese a lo señalado, es indiscutible reconocer la transición en la sensibilidad a la pena de muerte, cambiando desde una pasiva conformidad a una activa oposición incluso a nivel mundial. Esta modificación ha sido posible en gran parte gracias al estándar de castigo cruel e inusual, ya que ha permitido moldear las leyes que fueron acusadas como contrarias a la octava enmienda. De este modo se infiere que la prohibición de un castigo cruel e inusual hace referencia a la idoneidad o adecuación de la pena y su aplicación en consideración de un tiempo y un lugar determinado, siendo esta una interpretación concreta y evolutiva. Si bien aún existe la división jurisprudencial en la aplicación del estándar (entre quienes tan sólo lo consideran una cuestión de proporcionalidad y aquellos que lo defienden como un estándar evolutivo de decencia), ha servido inclusive para condenar la reclusión en diversos establecimientos penitenciarios de gran antigüedad, por violaciones de derechos constitucionales de prisioneros debido a que el estado de los edificios, las plagas de alimañas, los peligros de incendios y la falta de baños adecuados permiten argumentar a los jueces que el hecho de encarcelar a un individuo en tal lugar constituye un castigo cruel e inusual.³⁷

³⁶ GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores. pp. 276-278

³⁷ Sobre lo anterior encontramos diversos casos: VICTOR TORRES & others vs. COMMISSIONER OF CORRECTION & others. (<http://masscases.com/cases/sjc/427/427mass611.html>). EDWARD AHEARN & others vs. GEORGE VOSE & others. (<http://masscases.com/cases/app/64/64massappct403.html>). MICHAEL MICHAUD & others vs. SHERIFF OF ESSEX COUNTY & others. (<http://masscases.com/cases/sjc/390/390mass523.html>)

De esta forma podemos apreciar cómo incluso en la ejecución del castigo es utilizado el concepto constitucional y pese a que no exista una definición en el mismo texto de la ley que describa cuándo estaríamos ante un castigo cruel e injusto, podemos entender, precisamente de su redacción laxa y flexible, que se trata de un estándar mutable, el cual depende en gran medida de la labor del juez, quien deberá revisar la constitucionalidad de un castigo a la luz de las condiciones sociales y las sensibilidades de una época. Como punto inicial e indiscutible, cualquier castigo que se considere inhumano o que llegue a violar la dignidad de las personas será entendido como tal. Ampliando lo anterior, en el caso Rhodes contra Chapman (1981) el juez estableció lo siguiente:

La octava enmienda en sólo tres palabras impone la limitación constitucional sobre los castigos: estos no pueden ser ‘cruelles e inusuales’. La corte ha interpretado estas palabras de una manera flexible y dinámica... y ha extendido el alcance de la enmienda más allá de los castigos físicos barbáricos cuestionados en los primeros casos de la corte... Hoy, la octava enmienda prohíbe castigos que, aunque no sean crueles físicamente, involucran la imposición innecesaria y sin sentido de dolor... o son gravemente desproporcionadas a la severidad del crimen... Junto a la imposición innecesaria y sin sentido de dolor están aquellos que son totalmente injustificados desde razones penológicas... No existirá, ningún test estático por el cual nuestras cortes determinen si las condiciones de confinamiento son crueles e inusuales, puesto que la octava enmienda deberá trazar su significado de la evolución de estándares de decencia que marquen el progreso de una sociedad en vías de madurar.³⁸

³⁸ Rhodes v. Chapman, 452 U.S. 337 (1981) (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/452/337/>)

Además de aquello considerado degradante a la dignidad humana, es el tercer principio entablado por el juez Brennan el que denuncia la influencia de la sensibilidad de las sociedades en la determinación de lo que se entiende por un castigo justo. La adaptabilidad de este concepto a las nuevas épocas y sentimientos permite incluso, como bien lo señala el juez Brennan, cuestionar las penas prescritas por las leyes. Así vemos cómo, en evidente contradicción a las teorías retribucionistas clásicas, la pena capital ha sido sujeta a críticas por los autores contemporáneos de esta corriente, en razón de que ciertos castigos o reacciones no permiten esperar un entendimiento por quien lo sufre, lo que niega al acusado la posibilidad de participar en el discurso del castigo.³⁹ Es, según Murphy, decisivo a la hora de plantear la injusticia de la pena de muerte en la teoría retribucionista el hecho de que la concreción de la pena conlleva la imposibilidad de desarrollo de la propia identidad de desarrollo moral. El negar a otro la posibilidad de desarrollarse de la propia personalidad socava el presupuesto pragmático de la pena retributiva, puesto que aquel que reprocha un acto reconoce a quien al destinatario del reproche como alguien que, a su vez, es capaz de reconocer la conexión valorativa entre el comportamiento reprochado y la respuesta punitiva que sigue a tal comportamiento.⁴⁰ Por último, se presenta una objeción procedimental a la imposición de la pena de muerte, ya que siempre estará latente la posibilidad de condenar a un inocente y su carácter irreversible e incompensable.⁴¹

³⁹ MURPHY, Jeffrie. 1979. *Cruel and Unusual Punishments*. Law, Morality and Rights, ed. M.A. Stewart, Dordrecht, p. 233.

⁴⁰ MAÑALICH RAFO, Juan. 2007. *La pena como retribución*, Estudios Públicos, Volumen 108. p. 94

⁴¹ MURPHY, Jeffrie. 1979. *Cruel and Unusual Punishments*. Law, Morality and Rights, ed. M.A. Stewart, Dordrecht. pp. 238-242.

En conclusión, el estándar de un castigo cruel e inusual ha permitido reflejar los cambios en las sensibilidades en el caso concreto de estados unidos, y se espera que sea el mismo quien logre acabar con la pena de muerte, que sigue siendo aplicada en la actualidad incluso por medios tan incivilizados como la muerte por fusilamiento o silla eléctrica.⁴²

2. Estándar en el Derecho chileno

De un análisis del Derecho chileno podemos concluir que en nuestro caso no tenemos una definición expresa de lo que se consideraría un castigo adecuado. En lo respectivo a estándares de castigo sólo encontramos una mención en el artículo 19 N°1, que garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Esta norma estipula que la pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quorum calificado y prescribe la prohibición de apremios ilegítimos, lo que prohíbe castigos no contemplados en la Ley. Este estándar estático presume que sólo serán adecuados o justos aquellos castigos que la Ley, como expresión soberana de la Nación, decida como tal. Esto acarrea el grave problema de la remanencia de castigos anacrónicos que no han podido ser derogados por la lentitud del sistema legislativo y por la intervención e influencia de sectores políticos con intereses conservadores. La deficiencia del derecho para reconocer el avance de la sociedad y sus necesidades se manifiesta en esta situación.⁴³

⁴² La última muerte por silla eléctrica en estados unidos fue el 1 de noviembre de 2018 y el último fusilamiento ocurrió en el año 2010.

⁴³ Un ejemplo de esto se ve reflejado en la pena de muerte, que se mantuvo vigente hasta el año 2001 y que hasta el día de hoy es defendida por los sectores conservadores de la política, quienes incluso han tratado de

Pese a que tenemos este panorama interno de difícil mutabilidad y de ásperas indicaciones de lo que es o no es un castigo adecuado (aquel que la ley resguarda), el artículo 5 de la Constitución Política de la República amplía este concepto, determinando como deber del Estado el respeto y la promoción de los derechos que emanan de la naturaleza humana que se encuentren garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile. Esta norma eleva a rango constitucional los principios recogidos en el marco internacional, por tanto, Chile se encuentra sujeto a diversos tratados y convenciones que determinan estándares o prohibiciones de tratos crueles e inhumanos. Entre ellos se encuentran, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de Naciones Unidas (en adelante CAT), la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (la Declaración), así como las normas generales de protección de la integridad personal, entre ellas el artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que explícitamente prohíben estos tratos. Respecto a estas figuras no existe una definición tan desarrollada como la de la tortura (que se define en la convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura⁴⁴), pero sí se han hecho intentos por conceptualizarla. Gracias a estos se ha llegado al entendimiento, mediante el descarte, de lo que significa el término “trato”, ya que la Declaración señala en su artículo primero que: “la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato cruel, inhumano

justificar su reimplementación a través del código de justicia militar, instrumento en el cual aún se encuentra vigente.

⁴⁴ Artículos 2 y 3: Todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

y degradante”. De ello se desprende que los tratos crueles, inhumanos o degradantes son de menor entidad o grado, en cuanto a la conducta lesiva.⁴⁵

Lo anterior es confirmado por lo dispuesto en el artículo 16 de la CAT:

“Todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1º, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.”

De este artículo se desprende que los tratos crueles, inhumanos o degradantes, cometidos por algún poder público o estatal que no constituyan tortura según define el artículo 1º, serán prohibidos. Es entonces relevante entender la definición de la tortura para construir el concepto analizado:

“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o

⁴⁵ NASH ROJAS, Claudio. 2008. *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*. p. 56

sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

Esta definición entrega diferencias conceptuales entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. En primer lugar, no se requiere de una conducta intencional, por lo que es posible cometer el trato cruel de manera negligente. Además, no será necesaria una finalidad, sino la mera constatación de la situación cruel, inhumana o degradante.

En cuanto a qué se entiende por una pena cruel, inhumana o degradante, se reconoce el derecho a todos los Estados de promulgar sus propias leyes y establecer las penas a los delitos cometidos dentro de su jurisdicción. Es por ello que el artículo 1° de la CAT dispone en su inciso final que no serán considerados torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas. La limitación a estas sanciones legítimas viene dada por un concepto genérico y amplio⁴⁶ que prohíbe la imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes. Este estándar para considerar un castigo como justo tiene la elasticidad de su equivalente estadounidense, el cruel e inusual castigo, ya que su noción cambia respecto de las sociedades y las épocas en que se encuentren. De esta forma, además del estándar estático o inmutable que refleja la práctica punitiva legalmente aceptada por la nación (a través de representantes políticos), existe inmerso en el derecho chileno un estándar dinámico de lo que se considera un castigo

⁴⁶ NASH ROJAS, Claudio. 2008. *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*. p. 56

inadecuado, el cual es determinado por la variabilidad de las sensibilidades y los estándares de decencia.

Según el comité de derechos humanos la discusión radica en la aceptación o prohibición de penas o castigos que atenten gravemente contra la integridad física y psíquica del sujeto reprochado. Así entre los castigos expresamente prohibidos por su crueldad o inhumanidad (cuestión que atiende a lo concretamente aceptado por una sociedad y que puede, como ya fue señalado anteriormente, ser fundado en factores abstractos que expliquen el castigo, tales como la retribución o disuasión), encontramos los castigos corporales como el empleo de la vara, el uso de azotes, la flagelación, la mutilación genital femenina y la amputación de miembros.⁴⁷

El comité contra la tortura argumenta que la aplicación de las penas, para ser legítima, debe ser ya no sólo compatible con el derecho interno sino también con el derecho internacional. Esta declaración amplía el espectro de sensibilidad desde una sociedad particular a un rango universal, lo que se traduce en un intento por unificar los estándares a nivel mundial, imponiendo de esta manera, ciertas sensibilidades heterogéneas en países con castigos considerados incivilizados. Un ejemplo de lo anterior es la reprimenda del comité de derechos humanos a los Estados Árabes por aplicación de castigos corporales contrarios a las leyes internacionales.⁴⁸ Así existirían ciertas penas que, en atención a los casos presentados,

⁴⁷ FERNÁNDEZ PUYANA, David. 2005. *La noción de tortura y otros tratos o penas crueles*. American University International Law Review. Volume 21. pp. 144-145

⁴⁸ Ver Informes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, U.N. GAOR, Ses. 37, Supp. No. 40, Anexo 5, 39, U.N. Doc. A/37/40 (1982)

constituirían castigos crueles e inhumanos incompatibles con el estándar o sensibilidad universal instaurado por los órganos internacionales. Entre dichas penas encontramos los castigos corporales aplicados en escuelas, las condenas a cadena perpetua por ciertos crímenes menores, los castigos físicos en el hogar, la ejecución de la pena capital para delitos económicos, los trabajos forzados, el ahorcar públicamente, la lapidación y la mutilación.⁴⁹

En relación a estos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado, en una amplitud de casos, la prohibición absoluta de cualquier violación al derecho a la integridad personal efectuada por Estados que defienden restricciones a las garantías individuales en el marco de la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado. Así la incomunicación ha sido considerada por la corte como constitutiva de un trato cruel, inhumano o degradante en el Caso Suárez Rosero vs. Ecuador de 1997. También advirtió la Corte, en el caso Loayza Tamayo vs. Perú, que no se puede invocar circunstancias excepcionales en menoscabo de los derechos humanos, en consecuencia, el combate al terrorismo no debe acarrear restricciones a la integridad física de las personas.⁵⁰ Por último las condiciones de detención han sido catalogadas como especialmente relevantes al momento de determinar la humanidad y dignidad de las penas o tratos, ello por cuanto ha de asegurarse por parte del estado, en su calidad de garante, la dignidad personal en la detención. En particular la Corte ha considerado que la detención en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo

⁴⁹ FERNÁNDEZ PUYANA, David. 2005. *La noción de tortura y otros tratos o penas crueles*. American University International Law Review. Volume 21. pp 146-147

⁵⁰ GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. 2006. *Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la corte interamericana de Derechos Humanos*. pp. 672-673

ni condiciones adecuadas de higiene, así como las condiciones de sobrepoblación, la ausencia de una buena alimentación, la falta de oportunidades para hacer ejercicio o realizar actividades recreativas y no contar con atención médica, dental o psicológica, conlleva a condiciones inhumanas y degradantes que afectan la salud mental, repercutiendo desfavorablemente en el desarrollo psíquico de la vida e integridad personal de la víctima.⁵¹

La jurisprudencia chilena, en gran parte, ha desarrollado la injusticia o inhumanidad de los castigos a través de la prohibición de apremios ilegítimos establecida en la Constitución (art. 19 N°1) y en el Código Penal (art. 150). Si bien este estándar estático o inmutable no logra impregnar tan efectivamente las sensibilidades en la determinación de lo que constituye un castigo justo o injusto (mutabilidad o dinamismo) ni determinar cómo se ha castigado en una sociedad determinada (aspecto concreto del estándar), ha planteado ciertos comportamientos intolerables a la hora de administrar la pena. Así se determina la prohibición constitucional y subsecuente pena al empleado público (precisado como sujeto activo en el artículo 260 del Código Penal),⁵² que aplicare tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles.

En atención a qué se ha entendido por estos delitos, producto de la ley 20.968 se distinguió entre la penalidad de la tortura y la de los apremios ilegítimos u otros tratos crueles,

⁵¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. 2014. *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal*. Revista IIDH. Volumen 59. p. 36

⁵² Artículo 260. Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.

inhumanos o degradantes; asignándole calidad de crimen a la primera y simple delito a la segunda. Esto conllevó un problema, principalmente por la falta de claridad en la diferenciación de los tipos de conducta. Respecto a la nueva división del artículo (artículo 150 A y 150 D del Código Penal) no existe jurisprudencia, por ello se revisará lo que se entendió como apremio ilegítimo durante la vigencia del artículo 150 A de 1998. En la mayoría de los casos, los tribunales de justicia chilenos han recurrido al derecho internacional para contestar lo anterior, en especial a la CAT y a la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ello porque existió un consenso en que la ley 19.567, que agregó el artículo 150 A, lo hizo en atención a la ratificación de Chile de los tratados mencionados, agregando por ello la mención de tormentos o apremios ilegítimos al Código Penal.⁵³ En sintonía con lo anterior los tribunales han determinado que los apremios ilegítimos se constituyen como un símil de la tortura. De lo anterior se desprende que en ambos deben concurrir los requisitos de intencionalidad, gravedad del sufrimiento, sujeto activo y finalidad del acto.

Esta equiparación se vuelve problemática en la norma reformada, debido a que se separan en artículos distintos los términos tortura (150 A) y apremios ilegítimos o tratos crueles, inhumanos o degradantes (150 D), cuestión que difumina la diferencia existente. Como ya se mencionó la tortura se diferencia de los tratos crueles por descarte, pudiendo los últimos ser de menor entidad (esto es que el sufrimiento sea de un grado menor al de la tortura, lo que debe ser determinada en el caso concreto), y sin una finalidad en particular. Respecto al sujeto

⁵³ Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Sentencia Definitiva. RIT 70-2017 RUC 1300266331-1 de 7 de junio de 2017. Considerando 30°, página 370

activo en ambos casos será un empleado público en abuso de su poder (lo que resta la comisión negligente sí presente en los conceptos internacionales). Es entonces, una forma de castigar pese a no concurrir los elementos de la tortura en su totalidad, ya que aún de no corroborarse una finalidad o un acto tan grave que constituya tortura, será penado como un trato cruel, inhumano o degradante.

La pregunta que subsiste es qué significa el apremio ilegítimo en la actualidad. De equipararse con la tortura como se hacía previo a la ley 20.968 se caería en una confusión sobre qué artículo ocupar. Es por ello que la noción de apremio ilegítimo ha caído nuevamente en una indefinición. No podemos decir, en definitiva, que el termino amplíe el espectro de conductas castigables del artículo 150 D.⁵⁴

Ante este panorama nacional e internacional, las situaciones documentadas en el informe realizado por los Fiscales Judiciales⁵⁵ -sobre los principales problemas en los recintos penitenciarios- (pertinente a los efectos de este trabajo por lo degradantes e inhumanos que resultan) no podrían ser consideradas como un apremio ilegítimo (por no tenerse una definición de este) ni como una tortura (porque la legislación nacional e internacional es clara en determinar dichos casos). No obstante, podrían ser abordados, aunque con cierta dificultad, desde el concepto de tratos crueles, inhumanos o degradantes, presentes tanto en

⁵⁴ FLORES CAMPOS, Nicolás. 2018. *Jurisprudencia chilena sobre el tipo penal de apremios ilegítimos en relación al delito de tortura del artículo 150 A del código penal*. p. 62

⁵⁵ Informe sobre los principales problemas que aparecen relevantes respecto de las visitas realizadas, por los Fiscales Judiciales a los recintos penitenciarios durante el año 2017. Oficio N° 14-2018

la legislación interna como en los tratados internacionales y considerado un concepto abstracto y moldeable a través de las sensibilidades.

El informe determinó los siguientes:

1. Hacinamiento y sobrepoblación en recintos penitenciarios.
2. Horarios de encierro y desencierro adoptados al interior de los recintos penitenciarios.
3. Horarios de Alimentación
4. Celdas de Aislamiento, Castigo o de Transito
5. Acceso Insuficiente al Agua en algunos Recintos Penitenciarios
6. Acceso a las acciones de salud en los recintos penitenciarios, especialmente en el área de salud mental
7. Deficiencias en la infraestructura en algunos recintos penitenciarios

Del análisis planteado en este capítulo, podemos reconocer la existencia de estándares que admiten una noción evolutiva del castigo. Ello a raíz de los distintos factores, entre otros las sensibilidades, que determinan lo que constituye en una época dada un castigo aceptable. Por ello podemos revisar la historia del castigo, el qué ha sido tenido por aceptado en distintas culturas y contextos históricos, siendo testigos y modificadores de esto las sensibilidades.

Por esta razón los castigos a investigar en el imaginario literario han de ser considerados a la luz de un elemento que cambió con el paso del tiempo y que se expresó a través de los

sentimientos de los escritores, esto es, las cuestiones que como sociedad consideramos son tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

IV: Sensibilidades en la Literatura

En este capítulo se explorará, a través de la literatura, aquellos castigos que den cuenta de sensibilidades pasadas, presentes o futuras de lo que se considere un castigo justo, adecuado, inverosímil o aberrante. Con esto se espera determinar ciertos cambios en sensibilidades surgidos de variaciones culturales y sociales. Para ello se han seleccionado ciertas temáticas que en la literatura han configurado castigos y que podrían llegar a presentar los cambios en las sensibilidades de los individuos en un determinado tiempo o hacia el porvenir. La idea es realizar una descripción del castigo expuesto en la obra literaria, lo que busca lograr y si el método para conseguirlo se adecúa a los estándares de su época, de la nuestra o si se trata de un estándar aún no nacido. Bajo esta lógica se espera encontrar diversos textos literarios que puedan ser un prisma a lo inimaginable, para establecer lo que podría ser la punición.

Esta labor se inspira en la revisión del corpus de documentos históricos realizada por Norbert Elias, respecto a las evoluciones de las sensibilidades que resultan del cambio en las formas de conducta y de la cultura como fenómeno dinámico.

1. De la Venganza, el Castigo y el Perdón

La tragedia griega, como expresión literaria, se desenvolvía a través de una secuencia de horrores en la cual el ciclo de venganzas se tornaba interminable. Ello reflejaba la persecución de la justicia retributiva a través de las pasiones vengativas, un elemento presente

en la mayoría de tragedias del siglo de Pericles. Este infortunio se ilustra particularmente en la tragedia de la familia real micénica.

“Tántalo mata a su propio hijo Pélope. Los dioses lo vengan, resucitándolo. A continuación, Pélope se casa con la hija de Mírtilo, Hipodamía, y por razones nunca bien claras, mata a su suegro; con lo cual se reactualiza el crimen que contra él cometió Tántalo, su padre. Sin embargo, Mírtilo, antes de morir, maldice a Pélope, maldición que pasa a los hijos de este, Atreo y Tiestes. Y pasa del modo más escalofriante que conocen los mitos griegos. Tiestes y Atreo rivalizan por el trono de Micenas. Cuando Atreo gana, expulsa a Tiestes y a los hijos de este de la ciudad, pero luego, para vengar el adulterio entre Tiestes y Aérope, su esposa, Atreo invita a volver del exilio a Tiestes acompañado de sus hijos. Los hijos adelantan al padre en el viaje, y cuando Tiestes por fin arriba, su hermano Atreo lo está esperando con un gran banquete de carne exquisitamente asada. Una vez Tiestes ha saciado su hambre, Atreo lo invita a contemplar las cabezas y las manos de los seres que ahora está digiriendo: los propios hijos de Tiestes. Él no quiere defecar la carne de toda su descendencia masculina, pero Atreo ni siquiera le da el beneficio de la muerte a fin de evitar el desecho de una forma peculiar de canibalismo.”⁵⁶

La justicia a través de los mitos griegos se perseguía a través de la venganza, “furias” que sosegaban las pasiones retributivas de quien sufriere un mal y perpetuaban el ciclo de odio y horrores. Esta percepción se mantuvo hasta la institución de la justicia política ateniense, cuya democratización y grandes reformas se atribuyeron principalmente a Solón en el siglo VI a.C.⁵⁷ pero que puede ser reconducida al nacimiento del Areópago.

⁵⁶ TRUJILLO SILVA, Joaquín. 2010. *La mejilla posterior. Perdón y castigo en la literatura comparada*. Derecho Y Humanidades, Número 16 vol. 1. p. 396

⁵⁷ ARISTÓTELES. Política 1273 b 41.

La evolución (como ya fue abordada en un capítulo anterior) de la venganza al castigo, entendiéndose como forma civilizada de justicia, se evidencia en el mito de *la Orestíada* de Esquilo. En *las Euménides*, tercera obra de esta trilogía, se pone fin a un ciclo de venganza gracias a la intervención de Atenea, quien establece una corte imparcial y permanente, el *Areópago*.⁵⁸ La transformación de las Furias en Euménides refleja el paso de la venganza, una persecución violenta y pasional; al castigo que se manifiesta como una institución gracias a las condiciones que permiten impartir la violencia (no desaparecida en la transformación) de manera legal y organizada.⁵⁹

En este caso se refleja una transición de las sensibilidades respecto a la forma de perseguir la justicia e impartir la violencia. El porqué de este cambio puede deberse al interminable ciclo de venganza que se perseguía de manera autónoma y pasional, inspirando las tragedias, pero también es posible que la abstracción de la resolución y ejecución de la violencia, de manos del mismo afectado, se fundare en una pretensión de imparcialidad e igualdad. Ello porque no todos podrían llevar a cabo su venganza o realizarlas con la misma efectividad y en contraste algunas pasiones retributivas no merecían ser concretadas.

Las sensibilidades continuaron hacia una idea del perdón, el cual puede ser entendido como una alternativa al castigo frente a un sujeto quebrantador de una norma de comportamiento moral o social. Como explica Joaquín Trujillo Silva:

⁵⁸ ESQUILO. 2004. *La Orestíada*. Libros en Red. p. 110

⁵⁹ LORCA, Rocío. 2018, *Punishing the poor and the limits of legality*. USA, Law, Culture and Humanities. p.

“El *perdón*, que aparece al principio –con la renovación de la ley en Cristo– como una supresión, una aniquilación del *castigo*, es decir, de la *retribución* –que asimismo era tenido por supresión de la mera autotutela”⁶⁰

La obra en que se percibe notoriamente este cambio en la sensibilidad del ser humano es *la Biblia*. Pese a considerarse una escritura sacra más que un escrito literario propiamente tal, es posiblemente el libro más influyente en la cultura occidental, reflejando comportamientos y transiciones culturales a través de diversas formas literarias como lo son sus evangelios, salmos, leyes, poesías y libros históricos. En particular nos enfocaremos en el cambio en torno a la idea del perdón sucedido desde el antiguo al nuevo testamento.

El castigo de un Dios implacable e inclemente es retratado en el antiguo testamento como la forma por excelencia de pagar los pecados en los que el humano incurría. De la lectura de este primer libro se desprenden pasajes que reflejan las ideas de sacrificio y venganza, las cuales, si bien no eran únicas como se verá más adelante, reflejaban un carácter distintivo del Dios antiguo.

“Y haré contra ellos grandes venganzas con reprensiones de ira; y sabrán que yo soy Jehová cuando lleve a cabo mi venganza contra ellos.”

Ezequiel Capítulo 25, Versículo 17

⁶⁰ TRUJILLO SILVA, Joaquín. 2010. *La mejilla posterior. Perdón y castigo en la literatura comparada*. Derecho Y Humanidades, Número 16 vol. 1. p. 401

“Porque la vida de la carne en la sangre está, y yo os la he dado para hacer expiación sobre el altar por vuestras almas; por lo cual, la misma sangre hará expiación por el alma.”

Levítico Capítulo 17 Versículo 11

De la misma forma que en el caso griego, los relatos del antiguo testamento dan un fin al ciclo de horrores encargando el castigo a un tercero, Dios. Pese a que la idea de perdón ya se encontraba presente en esta primera versión del libro, no era el eje en torno al cual giraba la caracterización de Dios, sino una forma de abstraer o excluir el conflicto de los mortales. Una demostración de este perdón es aquel que da José a sus hermanos, quien en lugar de saciar su sed de venganza les ofrece ayuda, distanciando esta historia, también familiar, del relato micénico previamente expuesto.⁶¹ En cuanto a la caracterización punitiva, elemento central del antiguo testamento, es el mismo libro *Éxodo* el que da cuenta de la furia de Dios, quien reparte su castigo inclementemente, liberando las diez plagas sobre quienes lo desafiaron, dando muerte a los primogénitos del pueblo Egipcio.

La posible explicación de este elemento central en el antiguo testamento puede haber sido la fuerte necesidad de un control a las pasiones y conductas de los individuos. Ante sociedades poco organizadas, carentes de poder e imperio se presentó la figura de un ser omnipotente y omnisciente, quien castigaría sin recelo a quién quebrantase las normas, aún en aquellos casos que el humano o el pueblo no pudiese castigar. Dios, o su caracterización, responde a una necesidad social y cultural, en tanto las sensibilidades de la época buscaban la penitencia (ya

⁶¹ TRUJILLO SILVA, Joaquín. 2010. *La mejilla posterior. Perdón y castigo en la literatura comparada*. Derecho Y Humanidades, Número 16 vol. 1. p. 397

sea a través del sacrificio o los castigos divinos, que sentenciaban a plagas y enfermedades) de quienes generaban desórdenes, disturbios o causaban males a otros individuos.

El cambio en las sensibilidades se refleja en el nuevo testamento, el cual se ve inmerso en el contexto del fin del período helenístico, caracterizado por la hegemonía de macedonia y el desarrollo de las artes y ciencias.⁶² Luego de este período la expansión romana culmina en el dominio de Europa meridional y occidental, el norte de África, Asia menor y el levante mediterráneo. Contrario a la situación prevaleciente durante el antiguo testamento⁶³, el orden y poderío romano permitieron un control y expansión tal que el imperio mantuvo un fuerte control sobre sus integrantes. La necesidad de un ser divino que impartiese un castigo para preservar el orden y ajusticiar al impune dejó de ser imperante debido a las leyes y organización política-social romana, tomando estas el rol de ejecutor de las penas, llegando a equipararse la inclemencia de sus castigos a la de Dios.⁶⁴ Es entonces cuando las sensibilidades y necesidades sociales exigen una cultura más clemente, siendo dios nuevamente una suerte de respuesta a problemas sin solución aparente en el orden material y amalgamándose en un ser piadoso. De la mano del hijo que sería el último sacrificio de sangre, reparte enseñanzas de amor e inculca el perdón incluso a quienes le dieron muerte. El arrepentimiento (en contraste con el sacrificio y el castigo) deviene en requisito para la salvación eterna. Ante un imperio que controlaba el mundo y decidía a quienes castigar, el humano añoraba una nueva interacción social entre individuos, una que tuviese un poder de

⁶² LÉVÊQUE, Pierre. 2005. El mundo helenístico. Barcelona. Editorial Paidós p. 332

⁶³ En que la ley divina o mosaica era cumplida por las doce tribus de Israel de forma sacramental, siendo su sistema esencialmente religioso.

⁶⁴ Utilizándose la crucifixión o el damnatio ad bestias según relata Tito Livio en su Historia de Roma y como fue ocupado posteriormente en la persecución de los cristianos (Tacito, Anales, XV, 44.)

congregar, luchar y demarcar límites intangibles al imperio, siendo esto una fiel expresión del dualismo platónico, pudiendo soportar los horrores de la carne para congraciarse y salvar su alma. Fue tal la penetración e internalización de esta sensibilidad que el mismo imperio romano se convirtió al cristianismo mediante el edicto de tusalónica, dictado el año 380, cambiando la cosmovisión “después de cristo”.

2. El Castigo Propio

Fue Simón Bolívar quien promulgó: “El castigo más justo es aquel que uno mismo se impone.” Ante esta declaración nos encontramos frente a un tipo de punición que es impuesto por el mismo autor del delito, el factor de enseñanza o aprendizaje fue auto inculcado o descubierto por el autor y ante la culpa que le genera el hecho ilícito decide para sí un castigo que le permita expiar sus pecados y apaciguar su conciencia. La pregunta que surge en este caso sería cuándo aquel castigo permite la expiación para sí, como para los ojos de la sociedad al cumplir con el requisito de una proporcionalidad suficiente (que el castigo no sea menor al hecho cometido). Un caso paradigmático es la flagelación, que consiste en una práctica de pena documentada desde la Antigüedad grecorromana.⁶⁵ El paso del tiempo y el cambio en las sensibilidades convirtió a esta práctica de una imposición de castigo a manos de un tercero (en el caso griego a los esclavos), en una disciplina a modo de escarmiento y mortificación con efectos catárticos.⁶⁶ Los eclesiásticos de los monasterios veían en el sufrimiento una vía

⁶⁵ Dictionnaire de spiritualité ascétique et mystique, paris 1937

⁶⁶ LEON VEGAS, Milagros. 2009. *Entre el misticismo y la aberración. Declive de los flagelantes en Antequera (siglo XVI)*. España. Baetica, Volumen 31. p. 382

de purificación, padecer como lo hizo cristo en su pasión les permitía acercarse a su santidad y pagar por sus pecados. Someterse al látigo era entendido como una “imitatio Christi” espiritual, una forma de comunicación con Dios.⁶⁷

La flagelación fue considerada una práctica virtuosa, los flagelantes eran gentes piadosas y admirables que cargaban sobre sus llagadas espaldas las faltas colectivas, que se creía habían originado la peste.⁶⁸ La flagelación se representó sin restricciones a través del arte y la literatura, siendo considerada una penitencia espiritual públicamente aceptada en el siglo XIII. El acto de autoflagelación llegó incluso a apoderarse de los espacios públicos para realizar procesiones de redención.⁶⁹

Los movimientos flagelantes fueron prohibidos en el año 1349 por ser considerados heréticos a los ojos del Papa Clemente VI (tanto por haber acumulado un poder civil atemorizante como por las prácticas masoquistas y desviaciones sexuales de sus miembros) pero fueron reivindicados por los Jesuitas, quienes promovieron toda clase de imágenes y figuras sensuales (práctica de iconodulía), como lo son la veneración de los santos y de maría, las pinturas, arquitectura, música, drama y teatro. Así las procesiones flagelantes volvieron a desarrollarse y se enaltecieron a través de interpretaciones teatrales, como la de la *Pasión de Cristo*. Este período acabó cuando los jesuitas fueron acusados de perversión.

⁶⁷ BRÄUNLEIN, Peter J. 2010. *Flagellation*. Religions of the World, Second Edition: A Comprehensive Encyclopedia of Beliefs and Practices. p. 2

⁶⁸ LEON VEGAS, Milagros. 2009. *Entre el misticismo y la aberración. Declive de los flagelantes en Antequera (siglo XVI)*. España. Baetica, Volumen 31. p. 382

⁶⁹ BRÄUNLEIN, Peter J. 2010. *Flagellation*. Religions of the World, Second Edition: A Comprehensive Encyclopedia of Beliefs and Practices. p. 3

Dentro de la literatura erótica los clérigos que practicaban la flagelación sobre sí o sobre otros, se volvieron un tópico recurrente. La práctica de esta disciplina perdió la aceptación pública, y coincidiendo con la ocultación de los castigos físicos a raíz del avènement de la civilización moderna, se volvió parte de los pudores restringidos al dormitorio, admitiéndose ampliamente en un mundo erótico quizás no tan distinto al pasional.

La obra *Justine* del Marqués de Sade representa en gran medida el cambio en la sensibilidad, viendo en la práctica de la flagelación un acto erótico no expiativo y que sólo respondía a la degeneración de los eclesiásticos que lo practicaban:

“Al principio tantea sus golpes, parece que sólo tenga la intención de prepararse; pronto, inflamado de lujuria, el depravado golpea con todas sus fuerzas: nada queda a salvo de su ferocidad; de la mitad de las caderas hasta las pantorrillas, todo es recorrido por el traidor; atreviéndose a mezclar el amor con esos crueles momentos, su boca se pega a la mía y quiere absorber los suspiros que los dolores me arrancan... Mientras actúa así, la mujer gorda lo azota, y otra, situada a la altura de su boca, cumple el mismo deber al que yo he acabado de ser sometida.”⁷⁰

Otra apreciación de un castigo auto impuesto podría verse en la decisión de Raskólnikov, el ignominioso protagonista de *Crimen y Castigo*, de someterse a la autoridad, quien en el último momento decide confesar para cumplir con el castigo determinado por la sociedad y así redimirse y comenzar de nuevo junto a su amada Sonia.

“-Yo también... he tenido mucho gusto en verle –dijo Raskolnikof con una sonrisa-. Usted siga bien.

⁷⁰ DE SADE, Donatien Alphonse François. 1791. *Justine o los infortunios de la virtud*. J.V. Girouard. p. 57

Salió de la comisaría con paso vacilante. La cabeza le daba vueltas. Le costaba gran trabajo mantenerse sobre sus piernas. Empezó a bajar la escalera apoyándose en la pared. Le pareció que un ordenanza que subía a la comisaría tropezó con él; que, al llegar al primer piso, oyó ladrar a un perro, y vio que una mujer le arrojaba un rodillo de pastelería mientras le gritaba para hacerle callar. Al fin llegó a la planta baja y salió a la calle. Entonces vio a Sonia. Estaba cerca del portal, y, pálida como una muerta, le miraba con una expresión de extravío. Raskolnikof se detuvo ante ella. Una sombra de sufrimiento y desesperación pasó por el semblante de la joven. Enlazó las manos, y una sonrisa que no fue más que una mueca le torció los labios. Rodía permaneció un instante inmóvil. Luego sonrió amargamente y volvió a subir a la comisaría.

Ilia Petrovitch, sentado a su mesa, hojeaba un montón de papeles. El mujik que acababa de tropezar con Raskolnikof estaba de pie ante él.

-¿Usted otra vez? ¿Se le ha olvidado algo? ¿Qué le pasa?

Con los labios amoratados y la mirada inmóvil, Raskolnikof se acercó lentamente a la mesa de Ilia Petrovitch, apoyó la mano en ella e intentó hablar, pero ni una sola palabra salió de sus labios: sólo pudo proferir sonidos inarticulados.

-¿Se siente usted mal? ¡Una silla! Siéntese. ¡Traigan agua!

Raskolnikof se dejó caer en la silla sin apartar los ojos del rostro de Ilia Petrovitch, donde se leía una profunda sorpresa. Durante un minuto, los dos se miraron en silencio. Trajeron agua.

-Fui yo... -empezó a decir Raskolnikof.

-Beba.

El joven rechazó el vaso y, en voz baja y entrecortada, pero clara, pronunció, haciendo varias pausas:

-Fui yo quien asesinó a hachazos a la vieja prestamista y a su hermana Lisbeth, con el propósito de robarlas.

Ilia Petrovitch abrió la boca. Acudió gente de todas partes. Raskolnikof repitió su confesión.⁷¹

⁷¹ DOSTOIEVSKI, Fiódor. 1985. *Crimen y Castigo*. Madrid, Alianza Editorial. p. 330

Dostoievski imagina a un ser cuya sensibilidad sobrepasa la idea de un crimen aparejado de un castigo. Para el final del libro, Raskólnikov quien se había pensado como este ser, se percata del error en su autoidentificación como tal. De ser un superhombre Nietzscheano no hubiese aceptado la imposición de un castigo que determinase un agente ajeno impregnado de concepciones morales, rebalsaría la moral de la sociedad y podría realizar el “mal” sin ningún tipo de arrepentimiento o pena, ya que estas leyes son la determinación de otro y no el resultado de la Voluntad de Poder propia que es ilustrada como el afecto de superioridad con respecto a quien tiene que obedecer: «yo soy libre, ‘él’ tiene que obedecer»⁷²

Nietzsche explica que en la realidad no existen las leyes que tanto respetamos, son una construcción que se ve ajena al super hombre, quien puede ser castigado, pero bajo su propia voluntad y ley, no dependiendo del bien y del mal, sino que más allá. Por ello no podría haber aceptado un castigo por el acto que decidió realizar bajo su propia Voluntad de Poder, ya que es esta misma la que determina su ley. A saber:

“En lo «en-sí» no hay «lazos causales», ni «necesidad», ni «no-libertad psicológica», allí no sigue «el efecto a la causa», allí no gobierna «ley» ninguna. Nosotros somos los únicos que hemos inventado las causas, la sucesión, la reciprocidad, la relatividad, la coacción, el número, la ley, la libertad, el motivo, la finalidad; y siempre que a este mundo de signos lo introducimos ficticiamente y lo entremezclamos, como si fuera un «en sí», en las cosas, continuamos actuando de igual manera que hemos actuado siempre, a saber, de manera mitológica. La «voluntad no libre» es mitología.”⁷³

⁷² NIETZSCHE, Friedrich W. 2007. *Más allá del bien y del mal*. Buenos Aires, Gradifco. p. 16

⁷³ *Ibidem* p. 19

Esto no conlleva, necesariamente, que el super hombre realice actos monstruosos, puesto que al librarse de los grilletes de la moral judeo-cristiana, no tendría ni la necesidad ni la voluntad de realizarlos, los extremos resultan simplemente ilustradores en conversaciones sobre lo bueno y lo malo. En la actualidad el ser humano, al igual que Raskólnikov, no ha llegado a tal superación moral y las sensibilidades imperantes dictan que se debe castigar a quien cometa un delito, no sólo por la satisfacción de la venganza, sino por la reivindicación del sujeto. El pagar por los pecados es concebido como una suerte de reconocimiento del otro, criminal, como legítimo otro; y a su vez da la posibilidad al infractor de liberar su consciencia y borrar las “sonrisas amargas”.

3. Tratamientos médicos o estupefacientes

La utilización de drogas para modificar la conducta de un sujeto no es una práctica nueva, se han utilizado a lo largo de la historia como tranquilizantes o ansiolíticos, pero se ha visto con mayor recurrencia y preponderancia en la actualidad, utilizándose como tratamientos psicológicos y normalizándose su consumo y dependencia, generando una sociedad fármaco dependiente.⁷⁴ La utilización de una droga para calmar a un sujeto hostil no es vista de manera negativa en la sociedad actual, incluso fuera del ámbito penal son utilizadas, de manera voluntaria. Pese a lo anterior, ha de ser trazada una línea que diferencie al uso aceptado de aquel que no es socialmente adecuado. Un ejemplo de lo que no sería una administración

⁷⁴ El mercado farmacéutico chileno ha crecido en razón de una tasa anual entre el 7,5% y el 8,0% entre el 2008 y el 2012 (Medicamentos en Chile: Revisión de la evidencia del mercado nacional de fármacos.)

correcta de fármacos se ve reflejada en el libro de Aldous Huxley, un mundo feliz, en el que el mismo estado (Metropolis) mantiene a sus ciudadanos sometido a una droga (Soma) para mantener el orden, suministrándoseles a través de los alimentos que consumen. Este suministro sistematizado y obligatorio llega a ser una imposición desmedida a la sociedad, ya que, pese a que mantiene “felices” a las personas, condiciona su conducta y nubla su juicio.⁷⁵ Esta medida no es consecuencia de un acto ilícito de un individuo, pero podemos ver un intento del estado de generar un resultado similar al de un castigo, modificar o determinar las conductas de los integrantes de la sociedad. En el análisis de las sensibilidades actuales podemos ver cómo admitimos que el estado establezca normas de conducta, modele nuestros comportamientos y ordene nuestras vidas. Ello en un contexto institucionalizado que permita la representación de los intereses y voluntades generales. Si bien se han administrado fármacos en ciertos casos, sigue siendo una realidad aplicada con ciertas precauciones y prescripciones médicas, por lo que la mayor influencia en tal sentido es la de los avances en la medicina y ciencias, cuestión que determina en gran medida la apreciación emotiva de los castigos. De acuerdo con la idea anterior, no sería estimada de la misma forma la utilización general de tratamientos médicos a raíz de controlar a los sujetos, que prescribir medicinas estudiadas y administradas objetivamente.

⁷⁵ Si bien el castigo por excelencia en un mundo feliz era el exilio a una isla uno de los mismos Interventores señala: “En realidad, si tuviera un poco de sentido común, comprendería que este castigo es más bien una recompensa. Le enviarán a una isla. Es decir, le enviarán a un lugar donde conocerá al grupo de hombres y mujeres más interesante que podría encontrar en el mundo. Toda la gente que, por una razón u otra, han adquirido excesiva conciencia de su propia individualidad para poder hacer vida en común. Todas las personas que no se conforman con la ortodoxia, que tienen ideas propias. Ser cada uno, en pocas palabras, personas que son alguien. Casi le envidio, señor Watson.” p. 167 Lo que demuestra que el castigo en sí era el mundo feliz.

En la actualidad podemos ver como se ha tomado consciencia de los daños neurológicos que produce el consumo de flúor administrado a través de su adición al agua potable.⁷⁶ Si bien ciertas investigaciones, quizás exageradamente, han calificado a esta medida estatal como un mecanismo de control de masas,⁷⁷ lo cierto es que estas investigaciones y la eliminación de esta práctica en algunos países, denotan una sensibilidad social que desconfía de la distribución general de elementos que intervienen e influyen en su salud.

Por otro lado, nos encontramos con cirugías invasivas que buscan deformar la personalidad y conducta social del paciente a raíz de su condición mental. Un ejemplo de lo anterior fue la Lobotomía cerebral, que comenzó a ser practicada por los psico-cirujanos en 1935 como tratamiento para la depresión y otras condiciones mentales que se consideraban incurables en la época. La práctica fue tan aclamada en la sociedad de la primera mitad del siglo XX que su implementador, Antonio Egas Moniz, recibió el premio nobel en 1949. El procedimiento consistió primeramente en la extirpación del lóbulo (Leucotomía), pero la práctica devino en una incisión en el lóbulo (Lobotomía), lo que redujo en gran medida lo cruento e invasivo de este procedimiento (que destruía la conciencia de los individuos), pero que mantuvo las consecuencias de pérdida intelectual y capacidades sociales, inutilizando en gran medida a los sujetos que eran intervenidos.⁷⁸

⁷⁶ ROMERO, Verena. NORRIS, Frances J. RÍOS, Juvenal A. CORTÉS, Isel. GONZÁLES, Andrea. GAETE, Leonardo. TCHERNITCHIN Andrei N. 2017. *Consecuencias de la fluoración del agua potable en la salud humana*. Rev Med Chile. Volumen 145. pp. 240-249

⁷⁷ PERKINS, Charles Eliot. 1952. *The truth about water fluoridation*. Fluoridation Educational Society

⁷⁸ En los primeros días hay un estado de notoria depresión que puede llegar hasta el estupor. En general, están indolentes, indiferentes, con la facies inexpressiva y la voz monótona y opaca. Están borrados sus deseos e iniciativas. Sin embargo, en los casos en que se ha medido por medio de tests la inteligencia propiamente tal, no se observan variaciones defectuales después de las primeras semanas de intervención. En cambio, hay una variación notable de la personalidad especialmente en lo que se refiere a la conciencia de sí mismo, lo que se demuestra en muchos aspectos, como por ejemplo en lo que se relaciona a la satisfacción del hambre. Nunca están satisfechos y la bulimia es un síntoma que se observa así con gran frecuencia. En este sentido se ponen poco delicados, pueriles, incluso en el control de sus esfínteres, indisciplinados, faltos de tacto, incapaces de

El rechazo de este método de alteración de la conducta se presenta en la literatura y el cine, mostrando las consecuencias cognitivas que puede tener incluso en personas que, no teniendo limitaciones intelectuales, distan de lo considerado normal por padecer de depresión o episodios psicóticos. Si bien fue una práctica aceptada, el avance médico y la invención de la clorpromazina para tratar la psicosis rápidamente provocó su declive. Una novela que da cuenta de esto es *Alguien Voló Sobre el Nido del Cuco*, escrito coincidentemente a fines de los años 50, época que marcó el declive de la práctica de la lobotomía como tratamiento. Su autor, Ken Kesey, trabajó como enfermero en un hospital psiquiátrico en California, tomando el libro inspiración de sus vivencias en él. El libro narra la historia de Randie McMurphy, quien producto de ser hallado culpable de agresiones es enviado a una prisión de trabajos forzados. Para evitar estos trabajos Randie finge padecer de demencia a fin de ser transferido a un hospital psiquiátrico. Dentro de la institución Randie comienza a alterar el orden y a incitar a los demás pacientes a revueltas y actividades que desafiaban la autoridad de los enfermeros. Luego de administrársele terapia electroconvulsiva sin resultados y de un episodio con prostitutas y el suicidio de uno de los internos amigo de Randie, este ataca a la enfermera jefe. Producto de tal atentado es sometido a una lobotomía que le priva de conciencia para terminar como una cáscara de la persona que fue. Chief, un amerindio con el que Randie planeaba escapar, decide librar del sufrimiento a su amigo y lo asfixia con una almohada, para luego escapar rompiendo una ventana en la escena más recordada de su adaptación al cine (1975).

asumir la responsabilidad de sus actos ni de calcular sus consecuencias. (ASENJO, Alfonso. 2011. *La lobotomía prefrontal como tratamiento de algunas psicosis*. Chile. Revista Chilena de Neuropsiquiatría. Volumen 49. pp. 225-240.)

La obra humaniza a quienes padecen de desórdenes psiquiátricos, los que, en muchas ocasiones y épocas determinadas, son presa de la incomprensión y discriminación de su entorno y de quienes los tratan, ya que como da cuenta este libro las practicas muchas veces excesivas respondían a una presunción de anormalidad que, en conjunto a la utilización de los tratamientos como castigos de conductas rebeldes, constituían una situación infrahumana que culminaba en la privación de la personalidad. Las sensibilidades transitaron hacia un aborrecimiento a estas prácticas que laceraban “el alma” del cuerpo.

4. Aislamiento y Privación de Libertad

Un método que se ha ocupado en la mitología y diversas creaciones del humano ha sido el aislamiento como castigo, ya sea psicológico o físico. Un ejemplo del último podría verse en el laberinto del minotauro, encerrado por la eternidad sin contacto interpersonal. Esto puede apreciarse de mejor manera en el cuento de Jorge Luis Borges, *La Casa de Asterión*. El minotauro es preso de su maldición, su casa nunca está cerrada para el mundo ni para sí, pero tampoco puede salir, porque la gente no está lista para él, ni él para la gente.

“Ignoro quiénes son, pero sé que uno de ellos profetizó, en la hora de su muerte, que alguna vez llegaría mi redentor. Desde entonces no me duele la soledad, porque sé que vive mi redentor y al fin se levantará sobre el polvo. Si mi oído alcanzara los rumores del mundo, yo percibiría sus pasos. Ojalá me lleve a

un lugar con menos galerías y menos puertas. ¿Cómo será mi redentor?, me pregunto. ¿Será un toro o un hombre? ¿Será tal vez un toro con cara de hombre? ¿O será como yo?

El sol de la mañana reverberó en la espada de bronce. Ya no quedaba ni un vestigio de sangre.

- ¿Lo crearás, Ariadna? -dijo Teseo-. El minotauro apenas se defendió.”⁷⁹

No fue privado de su libertad, su castigo fue nacer distinto, no pudiendo ser parte de algo más grande que sí mismo, no pudiendo insertarse en una sociedad. Siguiendo esta idea, una obra que puede combinar ambos encierros, físico y espiritual, es la *Vida es Sueño*. En ella Calderón de la Barca narra como el protagonista es encerrado en una torre y a su vez es preso de la vida en sí.

La privación de libertad, como se vio en el análisis de la obra de Garland, ha sido el principal reemplazo de los castigos físicos. La sensibilidad actual ha integrado al análisis de su justicia las condiciones carcelarias, determinando como crueles aquellos castigos de privación de libertad que se realicen en condiciones denigrantes. En el pasado Víctor Hugo critica las largas condenas a las que se podía llegar por quebrantar el orden y las leyes, aunque el delito fuese una ofensa menor como la del hurto famélico. Así termina el capítulo IV del libro segundo de la primera parte de su obra, *Los Miserables*:

“En octubre de 1815 salió en libertad: había entrado al presidio en 1796 por haber roto un vidrio y haber tomado un pan.

Jean Valjean entró al presidio sollozando y tembloroso; salió impasible. Entró desesperado; salió taciturno.

⁷⁹ BORJES, Jorge Luis. 1947. *La casa de Asterión*. En el Aleph. Buenos Aires. Los Anales de buenos Aires.

¿Qué había pasado en su alma?”⁸⁰

Las condenas se veían, en la época de la rebelión de junio, como una opresión a los desprotegidos, a los pobres seres, a las criaturas de Dios que quedan a la merced de la casualidad.

5. Reminiscencia

“La memoria individual forma parte de nuestra conciencia y constituye la base de nuestra identidad. Un hombre que ha perdido la memoria ha perdido su identidad.”⁸¹

Este tipo de castigo imaginado en la literatura fantástica, como en los cuentos de Philip K. Dick, *Podemos Recordarlo por Usted al por Mayor* y *La Paga*. En que los protagonistas son privados de sus recuerdos pasados, como castigo por haber cometido un delito. En definitiva, surge la duda acerca de las sensibilidades que tendrían que existir para que pudiese aceptarse este castigo, ya que no hay claridad respecto a si aquel sujeto privado de sus recuerdos sigue siendo el mismo que cometió el delito y si acaso puede ser perdonado de la comisión de este. En cualquier caso, subsiste la pregunta de poder considerarse humano o aceptable eliminar la existencia de un ser, sus recuerdos y anhelos para justificar un perdón.

Estrechamente ligado a lo anterior nos encontramos con un caso de modificación de los recuerdos de quién cometió un crimen, a través de la sujeción a una falsa realidad que

⁸⁰ HUGO, Victor. 1862. *Los Miserables*. Bélgica. Verboeckhoven & Ce.

⁸¹ KOHUT, Karl. 2003. *Literatura y Memoria*. América. Cahiers du CRICCAL

modifica su vida e historia, pudiendo hacerlo creer que su existencia hasta el momento ha sido otra. Las sensibilidades que se tengan para acoger lo anterior aceptan que se libere de culpa al sujeto, pero a su vez, le privan de la oportunidad de redimirse por su arrepentimiento y nada asegura que no cometerá un crimen al ser reinventado o reconfigurada su identidad. En la situación de encontrarse en un sueño en el que ha conseguido su objetivo podrá mantenerse en un estado calmo, pero no podemos decir que exista una suerte de aprendizaje o aceptación de su error. Esto es visto en la película *Brazil*, en la cual el protagonista es sometido a una lobotomía para creer que es libre y que vive tranquilo junto a su amada, cuando en realidad se encuentra atado a una silla en una sala de interrogaciones.

6. Castigos Previos a la Comisión del Delito

Uno de los temas más interesantes en la ciencia ficción es la incógnita sobre la inmutabilidad del destino, ejemplo de ello es el relato de Philip K. Dick, *El Informe de la Minoría*, en el que existe un sistema contra la comisión de delitos llamado Pre-crimen, el cual prevé los crímenes que acaecerán y actúa previo a su comisión evitando que estos tengan lugar, pero castigando a los sujetos como si el delito se hubiese llevado a cabo con la legitimación de que existía una certeza de su comisión futura. De lo anterior cabe la discusión de si es evitable cometer algo que está escrito en el futuro y aún más si puede ser castigado quien no ha cometido un delito. Las sensibilidades actuales reconocen una forma de castigar un crimen nunca consumado o su intento, esto mediante la figura de la tentativa y la frustración. El

principio puede ser similar, pero si no existen indicios de una tentativa el crimen nunca habría sido puesto en marcha, cuestión que no interesa al ejemplo literario dado.

7. Damnatio Memoriae

La Damnatio Memoriae, o condena de la memoria era una práctica de la antigua Roma, en la cual los enemigos del imperio eran borrados de toda existencia habida luego de su muerte, en otras palabras, condenaban el recuerdo de quien traicionaba al imperio, para así eliminar todo dato o información que corroborase su existencia. Lo anterior permitía evitar insurrecciones inspiradas en el sujeto y además el dolor de saber que su vida no sería recordada en los anales de la historia. Un ejemplo en la literatura es encontrado en el libro *1984* de George Orwell, en el cual el Estado elimina a sus enemigos mediante la “Vaporización”, que además de desintegrar al sujeto, destruye su nombre y toda la información escrita del mismo de todos los diarios y libros. El ejemplo en cuestión es interesante por cuanto nos da un castigo avalado por las sensibilidades pasadas, pero que también fue plasmado en una distopía futura. Los romanos poseían una fuerte noción del trascender, así los emperadores eran recordados por los historiadores para preservar su legado. El castigo podía ser un gran mal a quien tuviese participación histórica. En la actualidad, y en un futuro, las sensibilidades podrían no ver un castigo útil, debido a la impersonalidad y anonimato cada vez mayor en un mundo con cada vez más gente y flujo de información. Así los individuos pueden ser pasajeros y sólo las ideas trascienden.

En el libro *Fahrenheit 451* ocurre una situación similar, privaron al pueblo de sus recuerdos, de la historia que los construía y dividía, les quitaron los libros y con ello su pasado. Este libro, pese a ser una distopía futurista, responde a eventos históricos tales como la quema de libros a manos de los Nazis y la de la biblioteca de Alejandría a manos de Diocleciano.

8. Eliminación de una parte de la vida de los sujetos

En la ciencia ficción se ha planteado el tema como castigo por algún crimen o acción del sujeto, la pérdida de una parte de la vida de aquel, restándosele años de vida al incumplir alguna ley, esto es perfectamente reconocible en el cuento de Harlan Ellison, *¡Arrepiéntete, Arlequín!, dijo el señor Tic-tac*; el cual retrata un mundo preciso como un reloj suizo, en que todo debe ser perfectamente realizado para el funcionamiento del sistema, por esta razón quienes ocasionan retrasos en el sistema son castigados con la sustracción de años de su vida. El detener o disminuir la expectativa de vida de un sujeto podría equivaler a no reconocerlo como otro. Nuevamente, se hace patente el argumento acerca de si las prisiones no disminuyen el índice de vida de los sujetos por el estrés psicológico o las malas condiciones.

Paralelo a esta disminución de la vida efectiva del sujeto surge la pregunta acerca de la criónica. ¿Preservarse a un individuo a bajas temperaturas para que cumpla su pena sin que se produzca un deterioro biológico, puede considerarse un trato justo o humanitario; o es el continuar naturalmente la progresión de la vida al unísono con sus seres queridos aquello que ha de ser considerado como piadoso? Una sensibilidad futura que estuviese de acuerdo con

este método entendería al sujeto como un medio, ya que el detener el transcurso de una vida sería denegar su calidad de individuo u otro en pos de la realización del castigo.

Cabe preguntarse, de todas formas, si en la sensibilidad actual el castigo de privación de la libertad no resta de una parte o detiene la vida de los reclusos, quienes símil a la crónica, pierden una vida junto a sus seres queridos y amistades.

9. Pena de muerte

“Poco antes de la guerra de 1914, se condenó a muerte, en Argel, a un asesino cuyo crimen había sido particularmente indignante (había acabado con una familia de agricultores, niños incluidos). Se trataba de un obrero agrícola que había matado en una especie de delirio sangriento y que había agravado su crimen al robar a sus víctimas. El caso tuvo una gran repercusión. La opinión más generalizada era que la decapitación constituía una pena demasiado benigna para semejante monstruo. Tal fue, según se me dijo, la opinión de mi padre, a quien había indignado particularmente el asesinato de los niños. En todo caso, una de las pocas cosas que de él sé, es que quiso asistir a la ejecución, por vez primera en su vida. Madrugó para dirigirse al lugar del suplicio, al otro extremo de la ciudad, en medio de una gran concurrencia popular. De lo que vio aquella mañana no dijo nada a nadie. Mi madre cuenta únicamente que volvió de prisa y corriendo, con el rostro desencajado, se negó a hablar, se tumbó un momento en la cama y de repente se puso a vomitar. Mí padre acababa de descubrir la realidad que se ocultaba bajo las fórmulas grandilocuentes con las que se la enmascaraba. En vez de acordarse de los niños asesinados, no podía pensar en otra cosa que en ese cuerpo palpitante al que acababan de arrojar sobre una plancha para cortarle el cuello.”⁸²

⁸² CAMUS, Albert. 1957. *Reflexiones sobre la guillotina* en La pena de muerte. p. 115.

En un ensayo titulado *Reflexiones sobre la Guillotina*, Albert Camus condensa sus pensamientos acerca de la injusticia e ineffectividad de la pena de muerte. Pese a la recurrencia emocional que tiene el tema en sus obras literarias (*El Extranjero* y *El Proceso*, por ejemplo), Camus explora y condensa en este escrito los argumentos objetivos en pos de abolir la pena de muerte. La sistemática aberración de este castigo en sus obras y la traslocación del género en que se sentía cómodo (novela) para criticar su utilización, dan cuenta de un espíritu afanado a la abolición de este injusto.

También el Marqués de Sade es considerado uno de los grandes y escasos revolucionarios opositores de la pena de muerte. En su obra *Filosofía en el Tocado*, se reparte un panfleto político que da cuenta de su postura respecto a la religión y a la moral. Así el pasaje conocido como “Franceses, un Esfuerzo Más si Queréis ser Republicanos”, escribe:

“Ahora bien, ¿qué será la cima de su injusticia si afectan de la ley los a los cuales es imposible doblarse a la ley! ¿La iniquidad que cometerían en eso no sería igual a la de la cual se volverían culpables si quieren forzar a un ciego a distinguir los colores? De estos primeros principios se deriva, se lo siente, la necesidad de hacer leyes suaves, y sobre todo de destruir para nunca la atrocidad de la pena de muerte, porque la ley que atenta a la vida de un hombre es impracticable, injusto, inadmisibles. No es, así como lo diré próximamente, que no hay un infinito de caso donde, sin atropellar la naturaleza (y es lo que demostraré), los hombres no hayan recibido de esta madre común la entera libertad de atentar a la vida uno, pero es que es imposible que la ley pueda obtener el mismo privilegio, porque la ley, fría por sí mismo, no podría ser accesible a las pasiones que pueden legitimar en el hombre la cruel acción del asesinato; el hombre recibe de la naturaleza las impresiones que pueden hacerle perdonar esta acción, y la ley, al contrario, siempre en oposición a la naturaleza y no recibiendo nada ella, no puede

autorizarse a permitirse las mismas divergencias: no teniendo los mismos motivos, es imposible que tenga los mismos derechos.⁸³

De esta forma se plantea por de Sade cómo la ley, fría en su naturaleza, no puede privar al hombre de la vida, porque ese sólo es un derecho que posee quien ostenta pasión en su actuar.

Ambos autores contrarios a la pena de muerte cuentan con vivencias y motivos distintos, incluso habitan tiempos heterónomos, pero sus sentimientos no son únicos y sus contextos les dan razones para ver en la pena de muerte una injusticia. Esta pena se ha mantenido a lo largo y ancho de la historia, como ya se vio en un capítulo anterior, se han hecho intentos por humanizarla y dotarla de una ritualidad quirúrgica, pero los argumentos en su contra sólo crecen, al igual que mientras exista vida se opondrá a la muerte.

⁸³ DE SADE, Donatien Alphonse François. 1795. *La filosofía en el tocador*. Madrid. Valdemar. p. 94

V. Conclusión

A lo largo de este trabajo se ha intentado, primeramente, dar un marco y sustento teórico a la interacción de las sensibilidades en la determinación de lo que se entiende como un castigo adecuado, incluso justo (dependiendo de la época y sus aproximaciones al castigo). Para lograrlo se utilizó la obra de David Garland, *Castigo y Sociedad Moderna*. A través de su disección y análisis se presentaron los principales argumentos que permiten sostener la cabida de las sensibilidades en el espectro de elementos explicativos de la pena. Así, junto a los mecanismos de poder, políticas de gobierno, la moral social y los factores económicos, es posible construir, lo que Garland sostuvo como una teoría holística de las prácticas punitivas de una sociedad.

Posteriormente se realizó un estudio legal sobre los estándares de castigos adecuados imperantes en las sociedades estadounidense y chilena, así como el análisis del estándar presente en el Derecho Internacional. Para ello se utilizó jurisprudencia de cada país e informes doctrinarios explicativos de dichos estándares, todo lo anterior a fin de entender qué ha sido considerado, en el último tiempo, adecuado en cada uno de los casos. La razón detrás de esta sección fue reflejar cómo los conceptos utilizados para determinar aquello que no debe ser un castigo, son mutables y dinámicos. A modo de ejemplo, el cruel e inusual castigo es un concepto de textura abierta que permite la modificación de aquello que se entiende como un castigo aceptable, adecuándolo a las sensibilidades de las épocas y desarrollos sociales. Por otro lado, estos conceptos han permitido, a través de fallos jurisprudenciales, construir un relato de qué se ha aceptado como un cruel e inusual castigo

en determinados tiempos, cuestión que a su vez se ha replicado, quizás inconscientemente o quizás a modo de vestigio, inexorablemente y con la paciencia de un archivista, en la literatura.

Para finalizar, se recopiló una selección de literatura que da cuenta de los contextos históricos y las evoluciones de las que hablamos a lo largo del trabajo. Esta sección, inspirada en el trabajo de Norbert Elias, busca hacer visible el cambio en las sensibilidades y los pudores de las personas a través de las posturas y críticas que representaron los autores en sus obras. Con esto se intentó retratar cómo los castigos de un periodo podrían distar abismalmente de los demás (la *Damnatio Memoriae* sería impensable en una época como la nuestra) o haber seguido incluso hasta el presente (el caso de la pena de muerte, que se encuentra en un eterno conflicto con el concepto de cruel e inusual en estados unidos). En este sentido tanto los estándares actuales como las prácticas pasadas tienen en común la concretización de cómo se castigó en un contexto determinado, ya que si bien no siempre han existido estándares moldeables que permitan a la sociedad crear sus propios conceptos de lo que se acepta y no se acepta en la práctica punitiva, esta influencia, que se espera haber probado en este trabajo, permea tarde o temprano las instituciones y muta el castigo, como se estime justo. Ello nos permite dar cuenta de la razón por la cual la institución de la prisión se encuentra actualmente en entredicho, siendo las nuevas sensibilidades las catalizadoras de este fenómeno.

Podríamos decir que en cierta forma la literatura, y las demás expresiones artísticas caracterizadoras de una época, son el estándar de sus tiempos. Si bien no siempre seguidos por la ley, el contexto social en que se escribieron y el retrato de una realidad o un deseo añorado permite inferir una apreciación de las formas de castigo.

Bibliografía

- AVILÉS FARRÉ, Juan. 1996. *La novela como fuente para la historia: el caso de Crimen y castigo (1866)*. Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, H. Contemporánea, pp. 337-360
- BESSLER, John. 2013. *The Anomaly of Executions: The Cruel and Unusual Punishments Clause in the 21st Century*. British Journal of American Legal Studies, Volume 2. pp. 297-451
- BORJES, Jorge Luis. 1947. *La casa de Asterión*. En el Aleph. Buenos Aires. Los Anales de buenos Aires.
- BRÄUNLEIN, Peter J. 2010. *Flagellation*. Religions of the World, Second Edition: A Comprehensive Encyclopedia of Beliefs and Practices
- CAMUS, Albert. 1957. *Reflexiones sobre la guillotina* en La pena de muerte.
- DE SADE, Donatien Alphonse François. 1795. *La filosofía en el tocador*. Madrid. Valdemar
- DE SADE, Donatien Alphonse François. 1791. *Justine o los infortunios de la virtud*. J.V. Girouard.
- DICK, P.K. 2008. *El informe de la Minoría*, En: Cuentos completos IV. Barcelona., Ediciones Minotauro.
- DICK, P.K. 1966. *Podemos Recordarlo por Usted al por Mayor*. USA, The Magazine of Fantasy & Science Fiction DICK, P.K. 1953. *La Paga*. USA, Imagination.
- DOSTOIEVSKI, Fiódor. 1985. *Crimen y Castigo*. Madrid, Alianza Editorial.
- ELIAS, Norbert. 1978. *The civilizing process*, vol.I, The history of manners, USA,

Pantheon Books.

- ELIAS, Norbert. 1982. *The civilizing process*, vol. II. State formation and civilization. Uk, B. Blackwell.
- ELLISON, Harlan. 1965. *¡Arrepiéntete, Arlequín!, dijo el señor Tic-tac*. USA, Galaxy Science Fiction.
- ESQUILO. 2004. *La Orestíada*. Libros en Red.
- FERNÁNDEZ PUYANA, David. 2005. *La noción de tortura y otros tratos o penas crueles*. American University International Law Review. Volume 21. pp. 101-148
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. 2014. *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal*. Revista IIDH. Volumen 59. pp. 29-118
- FLORES CAMPOS, Nicolás. 2018. *Jurisprudencia chilena sobre el tipo penal de apremios ilegítimos en relación al delito de tortura del artículo 150 A del código penal*. p. 62
- FOUCAULT, Michel. 1977. *Historia de la sexualidad I: La voluntad de saber*. México, Siglo XXI Editores
- FOUCAULT, Michel. 1975. *Vigilar y Castigar*. Paris, Éditions Gallimard.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. 2006. *Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la corte interamericana de Derechos Humanos*. Estudios Constitucionales [en línea], [Fecha de consulta: 14 de diciembre de 2018] Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040127>
- GARLAND, David. 1990. *Castigo y Sociedad Moderna*. México, Siglo XXI Editores.

- HUGO, Victor. 1862. *Los Miserables*. Bélgica. Verboeckhoven & Ce.
- KOHUT, Karl. 2003. *Literatura y Memoria*. América. Cahiers du CRICCAL.
- LEON VEGAS, Milagros. 2009. *Entre el misticismo y la aberración. Declive de los flagelantes en Antequera (siglo XVI)*. España. Baetica, Volumen 31. p. 382
- LORCA, Rocío. 2016, *Presumption of punishment*. Canada, Canadian Journal of Law & Jurisprudence, Volume 29, Issue 2
- LORCA, Rocío. 2018, *Punishing the poor and the limits of legality*. USA, Law, Culture and Humanities.
- MAÑALICH RAFO, Juan. 2007. *La pena como retribución*, Estudios Públicos, Volumen 108. pp. 117-205
- MURPHY, Jeffrie. 1979. *Cruel and Unusual Punishments*. Law, Morality and Rights, ed. M.A. Stewart, Dordrecht, pp. 373-404
- NASH ROJAS, Claudio. 2008. *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*.
- ORWELL, George. 1948. *Nineteen Eighty-Four*. UK, Secker and Warburg.
- RADIN, Margaret Jane. 1978. *The Jurisprudence of Death: Evolving Standards for the Cruel and Unusual Punishments Clause*, University of Pennsylvania Law Review. Volume 126. pp. 989-1064.
- TRUJILLO SILVA, Joaquín. 2010. *La mejilla posterior. Perdón y castigo en la literatura comparada*. Derecho Y Humanidades, Número 16 vol. 1. pp. 395-435