

Nuevo Mundo Mundos Nuevos

Debates, 2009

Alfonso Donoso

Castigo y Dolor: el Caso Sudamericano Hoy

Avertissement

Le contenu de ce site relève de la législation française sur la propriété intellectuelle et est la propriété exclusive de l'éditeur.

Les œuvres figurant sur ce site peuvent être consultées et reproduites sur un support papier ou numérique sous réserve qu'elles soient strictement réservées à un usage soit personnel, soit scientifique ou pédagogique excluant toute exploitation commerciale. La reproduction devra obligatoirement mentionner l'éditeur, le nom de la revue, l'auteur et la référence du document.

Toute autre reproduction est interdite sauf accord préalable de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.



Revues.org est un portail de revues en sciences humaines et sociales développé par le CLEO, Centre pour l'édition électronique ouverte (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Referencia electrónica

Alfonso Donoso, « Castigo y Dolor: el Caso Sudamericano Hoy », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En línea], Debates, 2009, Puesto en línea el 30 mars 2009. URL : <http://nuevomundo.revues.org/index55834.html>
DOI : en cours d'attribution

Éditeur : EHESS

<http://nuevomundo.revues.org>

<http://www.revues.org>

Document accessible en ligne à l'adresse suivante : <http://nuevomundo.revues.org/index55834.html>

Document généré automatiquement le 29 septembre 2009.

© Tous droits réservés

Alfonso Donoso

Castigo y Dolor: el Caso Sudamericano Hoy

- 1 El castigo penal es una de las instituciones de control social más importantes disponibles al Estado. Tal característica le ha valido un lugar central, aunque a veces no tan visible, en la historia del pensamiento socio-político. Sin embargo, es sólo desde el siglo XVIII que la reflexión acerca del castigo criminal adopta una forma sistemática y fundamentalmente crítica. Jeremy Bentham, el padre del utilitarismo, es posiblemente quien más ha influenciado la reflexión en tal sentido. Su idea de que el castigo es en sí mismo un mal abrió el debate de tal manera que aún hoy no hemos podido conseguir una teoría unitaria y consistente acerca de lo que el castigo es y debiera ser¹.
- 2 En el marco de este *dossier* que reflexiona acerca de los cuerpos y la violencia, este artículo problematiza la situación presente del castigo penal en Sudamérica. Lo hace, primero, asumiendo la conexión necesaria entre el castigo – una forma institucionalizada de violencia – y el dolor que el individuo sufre. Y segundo, mostrando que la práctica del castigo – el dolor que este impone sobre los cuerpos y mentes de los individuos – es especialmente problemática dadas las circunstancias en que la pena es impuesta en América del Sur. Aún si estipulamos la justificación del castigo penal – cosa que de por sí ya es bastante problemática – la legitimidad de la práctica punitiva se ve profundamente mermada dadas las condiciones actuales en las que el castigo penal es practicado en la región.
- 3 En orden a fundamentar tal conclusión, este ensayo se articula en torno a dos ejes: primero, el de la imposición de dolor y sufrimiento como parte inherente de la función del castigo, y segundo, el de las condiciones en que esta imposición se lleva a cabo hoy en la mayor parte de los recintos penitenciarios de Sudamérica. La primera parte del artículo aborda el asunto del dolor mediante referencia a tres influyentes perspectivas en la filosofía de la pena. La segunda parte, en cambio, intenta ilustrar las condiciones actuales de aplicación de la práctica punitiva en Sudamérica – en particular las condiciones de las penas privativas de la libertad – e introduce parte del análisis normativo del castigo penal. La tercera parte continúa tal análisis crítico y concluye el ensayo con una reflexión acerca de la función y legitimidad que cumple la imposición del castigo dadas las condiciones actuales de la práctica punitiva.

Primera parte. Filosofía de la Pena: Castigo y Dolor

Castigo y justificación

- 4 Si se sigue de cerca el desarrollo contemporáneo de la filosofía de la pena, hay dos cosas que resultan particularmente relevantes. Primero: el problema central en que el trabajo filosófico se concentra es el de la justificación. Segundo: el castigo surge como una práctica que ha de ser justificada pues implica, primero, la coacción del individuo por parte del Estado y, segundo, porque aquella coacción supone la imposición de dolor y sufrimiento.
- 5 Si bien esta sección apunta a explorar la conexión entre el castigo penal y el dolor antes que entrar en el detalle de la justificación general de la práctica penal, es necesario desarrollar con algo más de precisión, aunque muy brevemente, qué es lo que la filosofía de la pena ha de justificar.
- 6 Lo que hemos de notar y enfatizar en orden a responder esta pregunta es que entre aquellas características que definen el castigo penal tiene un lugar central el que este se imponga con la intención de producir una carga de dolor o sufrimiento en aquellos que transgreden la norma penal. Tal es la visión más extendida y aceptada de lo que es el castigo criminal². De acuerdo

a esta concepción, el castigo penal no es una práctica que por añadidura sea penosa, sino que el castigo *es* pena/dolor/carga impuesto por el poder del Estado.

7 El castigo es entonces problemático. Su aplicación supone que el Estado coacciona a aquellos individuos que al mismo tiempo ha de servir. Aunque ciertamente no toda coacción es injustificada, toda coacción es en principio problemática y debe ofrecerse una justificación que la legitime moralmente, especialmente en circunstancias en que la práctica en cuestión – en este caso, la pena – surge de la influencia y poder del Estado, única entidad con la autoridad para decidir qué, cómo y cuándo castigar al individuo. Tal es el punto de partida que nos obliga a elaborar una justificación de la aplicación de la pena.

8 Sin embargo, el castigo penal no es problemático sólo ni primeramente por ser una práctica sobre la que el Estado ejerce un monopolio absoluto³. Más fundamentalmente, lo problemático de la práctica radica en que la pena envuelve la transgresión de lo que en nuestras intuiciones morales más básicas consideramos como inviolable. Dudley Knowles lo dice enfáticamente cuando escribe que “en la mayoría, si no en todos los sistema de derechos morales, se considera que se han violado los derechos de quien los posee si se le mata, daña físicamente, priva de su libertad o se le confiscan sus posesiones personales. Nuestras prácticas punitivas permiten conductas de estos tipos. La pena capital quita la vida de las personas, y el castigo corporal las agrede físicamente. La prisión impide el libre movimiento, la vida doméstica y mucho más, y las penas monetarias ordenan la entrega de propiedad privada. ¿Cómo pueden los teóricos de los derechos defender el castigo?”⁴

9 Si el Estado ha de actuar dentro de los límites que el respeto a los derechos del individuo exige, bastante hemos de decir en orden a explicar cómo es posible que el castigo penal se halle entre las prácticas que aceptamos como legítimamente disponibles al Estado⁵. Una de las maneras mediante las cuales se construyen nuestras instituciones políticas – aquellas instituciones que constituyen la esfera pública de un Estado mínimamente legítimo y democrático – es en torno a la idea de que los individuos poseen ciertos derechos, y que estos derechos constituyen una esfera que, en principio, protege al sujeto de ciertas interferencias externas. Sin embargo, si seguimos el argumento anterior debemos concluir que – a no ser que ofrecamos razones que nos permitan justificar moralmente la aplicación de la pena (y por tanto en ciertas circunstancias cancelar o infringir los derechos que la pena cancela y/o infringe) – el Estado democrático, contrariamente a lo que su propia existencia supuestamente debe proteger, viola los derechos de aquellos individuos sobre los cuales impone dolor y sufrimiento a través de la pena⁶.

10 Ha de notarse además que las instituciones de la justicia penal son moralmente cuestionables no sólo a nivel de las instancias de sentencia y condena (y en este punto asumamos que las precondiciones necesarias para un castigo justificado han sido satisfechas, a saber, niveles básicos de justicia social, autoridad legislativa del Estado, debido proceso, entre otras) La existencia misma de la ley penal supone que una parte importante de la labor del Estado funciona a través de la amenaza, no sólo de quien ofende la norma penal, sino que de todos aquellos que están sujetos a su autoridad. Esto es así pues la ley *penal* posee la forma de un imperativo: ‘haz (o no hagas) X’ más la inclusión de una cláusula hipotética ‘si no quieres ser castigado’⁷. Dado que la relación que se da entre quien amenaza y quien es amenazado es moralmente cuestionable – pues el primero apela a razones prudenciales fundadas simplemente en el temor y/o la aversión a la pena amenazada y no en las capacidades racionales del amenazado – la ley penal aparece como una institución sujeta a cuestionamientos morales tan profundos como los que avistamos en el problema más específico del castigo penal.

11 Así entonces – y dejando para otra ocasión los cuestionamientos más generales que he considerado en el párrafo anterior –, puesto que el castigo penal supone realizar un cierto tipo de acción que en circunstancias normales representa una violación de ciertas garantías y

derechos morales, la necesidad de justificar la práctica del castigo penal se hace necesaria y urgente. La presencia del dolor como parte de la naturaleza del castigo es parte fundamental de lo que nos urge a encontrar una justificación de la práctica punitiva.

Filosofía de la pena y dolor

- 12 Veamos ahora hasta qué punto, y por qué, la aplicación de dolor y sufrimiento sobre el castigado aparece como una condición necesaria del castigo. Como puede darse cuenta, mi uso del término ‘dolor’ (y de ‘carga’ y ‘sufrimiento’ que uso indistintamente) acepta distintos contenidos. He hablado de violación de derechos como un cierto tipo de hecho relacionado al dolor. He mencionado el dolor físico, pero también la pérdida de propiedad privada, libertad de movimiento, y la amenaza de sufrir tales pérdidas como instancias específicas de dolor. Para unificar los distintos contenidos que mi uso acepta como instancias de dolor, voy a estipular que el dolor – para lo que es de importancia en este artículo – es un tipo de experiencia relativa a la pérdida (o la amenaza de pérdida) de ciertas condiciones mínimas de confort físico y psíquico. Mi intención no es presentar una definición que haga justicia a todos los elementos necesarios para identificar una instancia de dolor, ni tampoco pretende indicar las condiciones suficientes que explican todo caso de dolor. En lugar de eso, lo que me propongo es establecer las características relevantes del dolor en el contexto del castigo penal.

Pena como educación

- 13 De acuerdo a una influyente línea de argumentación en la filosofía contemporánea del castigo, cuyas bases se remontan hasta Platón, la pena posee un rol pedagógico⁸. Jean Hampton ha articulado tal función en términos de la educación moral del castigado⁹. A través de la ley – más específicamente, a través de una de las partes que componen el todo legal, aquella parte que Hart denominó reglas primarias de obligación – el Estado ordena y prohíbe tipos de conducta de acuerdo con ciertos imperativos éticos últimos¹⁰. En ese contexto, la amenaza del castigo aparece como un incentivo adicional para obedecer la ley y los imperativos que la subyacen. Al respecto Hampton indica que una de las funciones identificables de la pena es que “enseña a la persona, a través del dolor, que existe una *barrera* a la acción que se desea realizar. Así, como mínimo, el castigo penal apunta a disuadir”¹¹.
- 14 Sin embargo, Hampton reconoce que más allá de satisfacer tal objetivo consecuencialista, la finalidad primera y más fundamental del castigo es educar moralmente. La idea es que el castigo penal, a través del dolor, actúe como una herramienta pedagógica que muestre al condenado el sufrimiento que su acción criminal ha producido en la víctima: “lo que quien castiga necesita hacer es comunicar al castigado que sus víctimas sufrieron y cuánto sufrieron, de manera tal que el castigado pueda apreciar lo dañino de su acción”¹². De ahí la necesidad de articular el castigo en torno al dolor: la pena representa en el castigado el dolor que su víctima sufrió. Dicho de manera diferente, el castigo retribuye a quien ofende el mal que la conducta criminal produjo en su víctima, y de este modo le hace experimentar tanto que su acción produjo un mal como cuánto mal produjo.
- 15 Como vemos, tal representación va más allá de meramente provocar un tipo de experiencia dolorosa. El fin de la pena es expresar cuán moralmente inaceptable es la acción criminal castigada. En este sentido, el castigo apela a la capacidad del castigado para reconocer y distinguir razones morales, lo que supone algo distinto a condicionar o reformar al castigado. En lugar de eso, el castigo educa.
- 16 De acuerdo a Hampton, el primer paso del proceso pedagógico es que el castigado reconozca que la sociedad, a través de la ley, prohíbe un cierto determinado tipo de acciones. El segundo supone la comprensión y aceptación de los motivos morales que hacen que aquellas acciones sean prohibidas por la sociedad. Si el castigado finalmente acepta tales razones, las hace suyas y, en definitiva, comprende el mal que su acción pasada envuelve, entonces el proceso educativo ha sido exitoso.

Pena como comunicación y censura

- 17 Un modelo teórico distinto – pero complementario – que explica y justifica la conexión entre la pena y el dolor enfatiza la naturaleza expresiva del castigo penal. El argumento básico es que el castigo, independiente de su rol retributivista y/o utilitarista, cumple además la función de expresar un mensaje al sujeto castigado¹³. Distintos autores desarrollan esta idea con matices y distinciones más o menos específicas. En lo que sigue, presento concisamente uno de los análisis más representativos de esta línea de argumentación.
- 18 De acuerdo a Antony Duff, un elemento característico del castigo penal es que intenta comunicar al castigado la censura que su conducta merece. El castigo penal, entonces, juzga la acción del inculpaado y, a través de lo que Duff llama una ‘penitencia secular’, tiene como fin producir una cierta transformación en el condenado, a través de la cuál éste se arrepiente de su acción, se compromete a evitar tal conducta en el futuro, y se reconcilia tanto con las víctimas de su acción como con la comunidad en general¹⁴. Es en este sentido que el castigo es comunicación que Duff distingue de mera expresión¹⁵. El castigo, como condición de su justificación, supone una acción en la que quien castiga y quien es castigado entran en una relación recíproca, bidireccional y racional. El objetivo es incluir al sujeto del castigo como un participante activo del proceso punitivo. Esto se realiza mediante una práctica que apela a sus capacidades racionales y morales y en la cual se le intenta persuadir acerca del mal de su acción y de la necesidad moral de enmendar su conducta futura.
- 19 Dentro de este modelo, el dolor debe ser parte de la pena pues representa la manera más adecuada de comunicar el mensaje de censura. Un castigo meramente simbólico no entrañaría adecuadamente la censura que se ha de comunicar y haría del castigo una práctica vacía. El castigo como dolor, en cambio, permite que el condenado actúe como un penitente que sufre al darse cuenta de la censura que su conducta motiva en la sociedad.
- 20 Pero la censura que el castigo expresa apunta algo más. Al castigar se intenta persuadir al sujeto del castigo acerca de la importancia moral de arrepentirse, de reconciliarse y comprometerse a reformar aquellos aspectos conductuales que han motivado el acto de censura. La carga y dolor que el castigado sufre no es un agregado de la práctica punitiva, sino que es parte integral de ella y el arrepentimiento que la pena intenta motivar. Un acto de penitencia que no suponga tal carga es un acto que difícilmente supone arrepentimiento y comprensión del daño cometido. El castigo facilita el doloroso proceso interno de quien reconoce su falta, se arrepiente de ella y busca reconciliarse con aquellos que su conducta criminal ha dañado. He ahí la razón de por qué el dolor ha de ser parte de lo que es la pena.

Castigo como prevención

- 21 Como mencioné al inicio de este ensayo, Jeremy Bentham contribuyó notablemente a hacer del castigo penal una práctica filosóficamente problemática. Al adoptar lo que he llamado la definición *estándar* de la pena – y, por lo tanto, al entender el castigo como una práctica que por definición intenta imponer algún tipo de dolor en el castigado –, el hedonismo benthamiano no pudo considerar la práctica punitiva sino como un mal. Sin embargo, dentro de esta línea de pensamiento la pena adquiere legitimidad pues el castigo – y el dolor que le es inherente – tiene el valor de prevenir un mal mayor y, por lo tanto, posee la virtud de contribuir a la maximización del bien.
- 22 Lo que justifica la pena es que tanto la aplicación como la amenaza del castigo contribuyen a maximizar el bien general de la sociedad pues ambas ayudan a prevenir el daño que producen aquellas acciones que la ley criminal proscribida. La estructura básica de este argumento consecuencialista es que la cantidad de mal que supone infligir dolor sobre el condenado es menor que la cantidad de mal futuro que tendría lugar si el castigo no se llevase a efecto. Por una parte, la aplicación del castigo apunta a prevenir futuras acciones criminales (y el mal que ellas producen) por parte del individuo castigado. En este sentido, el castigo cumple un rol incapacitador y, eventualmente, reformador de la conducta futura del criminal. Por otra parte,

la práctica punitiva supone también una contribución a la prevención general de conductas criminales. La sociedad entera, al ser testigo de la aplicación de la pena sobre el transgresor de la ley penal, recibe un mensaje en el que se confirma tanto el respeto hacia la ley así como las consecuencias negativas que se siguen de la conducta criminal para quien las comete. De esta manera, la amenaza de la pena cumple la función de alterar el cálculo de los beneficios que se obtienen de una acción que transgrede la ley penal¹⁶.

23 Detrás de este argumento se halla el hedonismo benthamiano, expresado famosamente al inicio de su *Introducción a los principios de la moral y la legislación*: “La naturaleza ha puesto a la humanidad bajo el gobierno de dos maestros soberanos: el dolor y el placer. De ellos depende señalar aquello que debemos hacer, así como determinar aquello que vamos a hacer”¹⁷. La motivación del ser humano, de acuerdo a Bentham, está determinada fundamentalmente por el deseo de evitar dolor y obtener placer. En este marco consecuencialista y utilitarista el castigo surge como una práctica regulatoria de la conducta humana dirigida a maximizar el bien general de la sociedad entera.

24 Es evidente que la filosofía consecuencialista ha desarrollado modelos teóricos que van mucho más allá en sofisticación que lo que Bentham desarrolló durante el siglo XVIII y XIX. Sin embargo, para lo que es de interés en este artículo, la explicación que Bentham ofrece de la conexión entre dolor y la justificación del castigo es suficiente para comprender la función que, según el consecuencialismo, el dolor cumple en la práctica punitiva¹⁸.

25 Cada uno de los modelos que he presentado en esta sección da cuenta de la función del dolor en la imposición de la pena. Más allá de sus virtudes, es evidente que un análisis completo supondrá establecer las debilidades de las que estas posiciones teóricas adolecen. Sin embargo, mi intención no ha sido realizar tal tarea aquí¹⁹. Por el contrario, a través de la brevísima introducción de estos modelos mi interés ha sido ilustrar de manera sucinta lo que la filosofía del castigo ha ofrecido como explicación de la idea de que el dolor es consustancial al castigo penal.

26 Ya realizadas las tareas de localizar el problema central de la práctica punitiva en la imposición del dolor y ofrecer algunos de los más influyentes modelos teóricos que la filosofía de la pena ha desarrollado para explicar por qué el castigo ha de imponerse en la forma de dolor y sufrimiento hacia el condenado, me propongo en la siguiente sección de este ensayo ilustrar el modo y la condición actual en que tal práctica es ejercida en Sudamérica.

Segunda parte. Algunas notas sobre la práctica punitiva en Sudamérica

27 Si consideramos la información disponible más reciente, en Sudamérica hoy, de acuerdo a un cálculo relativamente conservador, la población penal es de c. 730.000 individuos²⁰. Este número no representa la población actualmente castigada, sino sólo aquella que está encarcelada, incluyendo condenados, imputados o aquellos en prisión preventiva. Un número completo de castigados debiese además incluir tanto aquellos individuos que han sido condenados penalmente pero que disfrutan algún tipo de beneficio²¹ como aquellos sujetos al sistema penal adolescente²². De incluirse tal población, el número de sujetos actualmente castigados o sujetos a algún tipo de control por parte de los sistemas penales en Sudamérica aumentaría considerablemente. En efecto, en algunas jurisdicciones los condenados a penas alternativas representan casi el 50 por ciento de la población total sujeta a algún tipo de control penal²³. Sin embargo, y puesto que la información estadística oficial acerca de las penas alternativas en los países en Sudamérica es reducida, el análisis que sigue más abajo se concentra exclusivamente en las penas privativas de la libertad. Tales penas no sólo cuentan con datos estadísticos más completos y actualizados que las penas alternativas, sino que además representan de forma ilustrativa la problemática relación entre el dolor y el castigo que aquí nos interesa.

De las causas

- 28 Independiente del número de individuos condenados y cumpliendo su pena, lo que es más relevante desde un punto de vista normativo son las causas que han producido que en Sudamérica aproximadamente doscientos de cada cien mil habitantes estén en prisión (calculado en base a una población estimada de 350 millones de habitantes) y que tal número crezca de manera constante y a veces a tasas insospechadas – en Brasil, por ejemplo, la población penal en los últimos 10 años creció en un 148 por ciento²⁴. Si bien la identificación y análisis detallados de estas causas es algo que se aleja de la competencia de este artículo, cabe mencionar que entre ellas debieran incluirse no sólo las causas más evidentes y directas que determinan el comportamiento criminal, como lo son los motivos que llevan a un individuo a actuar de acuerdo a lo que se califica como comportamiento criminal y punible, o las circunstancias socio-políticas que tienden a inducir la conducta criminal. Si bien estas causas son importantes para explicar el comportamiento criminal y, consecuentemente, el número de individuos castigados, ellas representan sólo una parte de lo que explica el fenómeno. Un análisis comprensivo deberá incluir además los principios que sustentan la creación y mantención de las leyes penales en una jurisdicción determinada, los poderes y eficiencia tanto de la policía como de la parte encargada de denunciar y dirigir la investigación de los delitos, así como los niveles de cooperación de la comunidad en la identificación e investigación de aquellos delitos²⁵.
- 29 En las circunstancias actuales, llevar a cabo este análisis completo es extremadamente necesario. Desde fines de la década de los años 70, el crecimiento de la población penal en distintos países del mundo ha visto un aumento substancial y Sudamérica no ha sido la excepción²⁶. Aunque muy lejos de los índices de los países con mayores tasas de encarcelación del mundo (EE.UU. y la Federación Rusa), Sudamérica posee también datos que llaman la atención. Consideremos el caso de Chile: con una población encarcelada de 51.500 a febrero de 2009²⁷, su tasa de población penal es la segunda más alta de Sudamérica – superada sólo por Surinam – con 306 internos por cada cien mil habitantes, cifra que supera ampliamente los 227 de Brasil, 154 de Argentina o 95 de Paraguay²⁸. En ese mismo país, desde 1980 hasta el año 2003, la población penal aumentó en un 138 por ciento, mientras que sólo entre el año 2007 y el 2008 el aumento fue de casi un 20 por ciento. En general, no hay consenso entre los criminólogos acerca de las razones específicas que expliquen estos índices tanto en una jurisdicción dada, como en la comparación inter-jurisdiccional²⁹. Lo que sí es claro es que las causas que explican estos números, así como las razones para tales diferencias, son múltiples, complejas y muchas veces inconmensurables cuando se confronta una jurisdicción con otra.
- 30 Esta misma falta de consenso acerca de las causas que originan nuestro estado de cosas actual explica, en parte, el que las opiniones y prácticas oficiales sean simplemente desalentadoras con respecto a la posibilidad de un giro en esta materia³⁰. Puesto que no sabemos bien qué es lo que funciona a la hora de reducir los índices delictuales, simplemente utilizamos lo que nos parece intuitiva pero irreflexivamente más natural, a saber, mientras más criminales encerrados, menos crímenes serán cometidos. En efecto, tanto la práctica como la retórica de políticos, legisladores, medios de comunicación y público en general indican que los esfuerzos en materia penal apuntan en esta dirección, esto es, hacia una lógica de la incapacitación caracterizada por el aumento de los niveles de criminalización y castigo.
- 31 En la actualidad, los programas criminales de Sudamérica³¹ – como los de la mayor parte del mundo – se enmarcan en un modelo que siguiendo a David Garland podemos llamar del estado de control³². Dentro de tal modelo, el Estado asume la prevención del crimen y la defensa de las víctimas como su rol fundamental. La retórica política, dado el temor existente en la comunidad y los beneficios políticos que de tal temor se pueden obtener, se concentra en ofrecer soluciones populistas que expresan mano dura y mínima tolerancia, pero que al mismo

tiempo no cuantifican ni la efectividad de tales prácticas ni las consecuencias ulteriores que estas puedan traer³³.

32 Una expresión de este estado de control es que los ordenamientos jurídicos en Sudamérica adoptan con mayor celeridad elementos de lo que Günter Jakobs ha llamado el derecho penal del enemigo³⁴. En este proceso, ciertas garantías básicas de inocencia, debido proceso y proporcionalidad quedan entrampadas o sujetas a la voluntad y discreción de la policía, la parte acusadora o el juez en cuestión. Ejemplos de estas tendencias son comunes en la legislación que aborda algunos problemas puntuales de la región, como el tráfico, posesión y consumo de drogas y el terrorismo, así como el intento de promover proyectos que siguen la línea de la ley *three strikes* promulgada en el estado de Washington en 1993 y más tarde, con penas más estrictas, en California en 1994.

33 Aunque estos desarrollos explican el aumento del número de individuos sujetos a algún tipo de condena penal y la intensidad con que se les castiga, ellos representan sólo una parte de la explicación completa. En este sentido, lo dicho hasta aquí sólo ha intentado hacer evidente la complejidad de las causas que explican la condición actual de nuestros sistemas penales e indicar algunas de las fuentes en las que es posible encontrar tales elementos causales. Sólo cuando estas causas estén identificadas con suficiente certeza y completud será posible realizar una evaluación normativa más acabada acerca de la justicia de nuestras instituciones penales y, más específicamente, de la práctica punitiva.

De la condición actual de los recintos carcelarios: el problema del hacinamiento

34 Debemos notar que no sólo un análisis de las causas que contribuyen al aumento substantivo de la población penal es lo que determinará la justicia de la institución penal como tal. En efecto, la cantidad de individuos penalmente castigados en Sudamérica puede o no ser un número que refleja principios normativos de lo que debiera ser criminalizado y castigado. Sin embargo, el simple hecho de que tales principios efectivamente guíen el actuar del poder legislativo y, consecuentemente, que tales principios queden representados en el tipo de ley penal existente, no supone que el sistema penal sea justo: la adherencia a principios justos de criminalización y debido proceso es condición necesaria, pero no suficiente, de un sistema de *justicia* penal. Esto es así porque, además de la ley penal misma, sus procedimientos y las instituciones que la constituyen, las condiciones existentes para los castigados han de considerarse también como parte de lo que determina la justicia de un sistema penal. En este sentido, un sistema de justiciapenal debe también abordar el modo en que trata a aquellos a quienes castiga. Una evaluación normativa de nuestros sistemas penales debe considerar entonces las condiciones en las que el condenado existe y los distintos factores que contribuyen a su bienestar psíquico y físico (e.g., niveles de hacinamiento, cobertura de salud e higiene, seguridad interna, estándares de privacidad, entre otros). En lo que sigue, y a modo de ilustración, me refiero a la cuestión del hacinamiento y algunas de sus consecuencias.

35 En lo que refiere al problema del hacinamiento la tendencia en Sudamérica es clara: la capacidad carcelaria en cada uno de los países está ocupada por sobre el 100 por ciento. De acuerdo al International Centre for Prison Studies, en Bolivia la capacidad carcelaria utilizada el año 2006 estaba por sobre el 200 por ciento, mientras que en Ecuador la capacidad utilizada al año 2005 era del 146.3 por ciento (i.e., el año 2006 cada plaza habilitada para un interno en un recinto carcelario en Bolivia, era utilizada aproximadamente por dos internos). Estos números aumentan aún más si, en lugar de considerar porcentajes totales por país, consideramos centros carcelarios específicos. Un caso dramático es el de Colombia. De acuerdo a un informe preparado por la Misión Internacional de Derechos Humanos y Situación Carcelaria de las Naciones Unidas el año 2001, en algunos centros de detención se constatan

índices de hacinamiento superiores al 300 por ciento, llegando a alcanzar incluso el 800 por ciento³⁵.

36 El tema del hacinamiento en Sudamérica se vuelve aún más preocupante si se considera que no existe una medida internacional estándar que permita comparar y evaluar adecuadamente los niveles de hacinamiento en distintos países. Lo más cercano a este estándar internacional lo representa el documento “Principios mínimos para el tratamiento de reclusos” de las Naciones Unidas, citado regularmente tanto por informes nacionales como por misiones de las Naciones Unidas o la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos³⁶. Sin embargo, tal documento, primero, no posee la autoridad suficiente para imponer legalmente esos estándares. Y segundo, y quizás más importante, las directrices prácticas que propone en contra del hacinamiento son insuficientes, haciendo referencia sólo a la separación de los reclusos de acuerdo a la gravedad de los actos por los que se les ha condenado, su sexo y edad, y sugiriendo que las celdas dormitorio deberán ser ocupadas por sólo un recluso (véanse secciones 8 y 9.1 del documento). La American Correctional Association establece referencias un poco más específicas, sugiriendo como mínimo un modelo de prisión que cuente con casi 25 metros cuadrados de piso por recluso, lo que incluye no sólo celdas, sino también servicios higiénicos, comedores diarios, patios y talleres³⁷. En Sudamérica estos estándares son más bien una aspiración. El modelo penitenciario arrastra consigo deficiencias estructurales históricas que no pueden resolverse sin los recursos sociales y económicos necesarios ni una comprometida voluntad política dirigida a transformar nuestras prácticas penales hacia un modelo más inclusivo. Mientras esos recursos no estén disponibles y mientras tales transformaciones sociales y políticas no ocurran, el hacinamiento de nuestras cárceles continuará agravándose, y la vida en prisión se hará cada vez más incompatible con la dignidad de las personas.

37 Las consecuencias de altos niveles de hacinamiento en el bienestar de los internos son enormes. En general el hacinamiento carcelario afecta de manera negativa todas las facetas de la existencia y el bienestar de los individuos bajo penas de privación de libertad. Situaciones de promiscuidad, abuso sexual, falta de seguridad y servicios básicos, entre otros, se encuentran entre los efectos más evidentes y directos producidos por la sobrepoblación y el hacinamiento.

38 Consideremos por ejemplo las razones de muerte dentro de los recintos carcelarios. En el período que va entre enero y septiembre del año 2006, dentro de los recintos penales en Chile más reclusos murieron por riña o agresión que por enfermedades, y hubo más muertes causadas por suicidio que por accidente³⁸. Aunque es difícil asegurar que el hacinamiento es la causa directa en las muertes por suicidio y la violencia con consecuencia de muerte, más difícil es negar que las condiciones de vida (y muerte) de los reclusos no se ve afectada por la sobrepoblación penal. Al respecto, considérese la Resolución 1997/36 de las Naciones Unidas donde se establece “que las condiciones físicas y sociales del hacinamiento penitenciario pueden causar estallidos de violencia en las prisiones, lo que puede plantear una grave amenaza para el imperio de la ley y el orden público”³⁹. En efecto, tal y como la Resolución sugiere, una manifestación común de estos niveles de hacinamiento se refleja en los niveles de violencia que se experimentan al interior de las cárceles. Los motines no son cosa extraña, y la mayor parte de las veces con resultados catastróficos. El caso argentino ilustra este punto: entre febrero y octubre del 2005, 54 personas murieron en centros carcelarios en Argentina debido a riñas y/o levantamientos de internos. El evento más grave se registró en la cárcel de Sta. Magdalena, en la provincia de Buenos Aires, donde 33 internos murieron asfixiados tras incendiar colchones durante una riña⁴⁰. Tal y como en este último ejemplo, estas situaciones surgen generalmente debido al descontento y estrés de las condiciones de existencia en los recintos carcelarios, donde demandas razonables por parte de los internos no pueden ser satisfechas debido a la falta de personal capaz de otorgar las condiciones de control necesarias dadas las condiciones de sobrepoblación y hacinamiento.

39 Por otra parte, el hacinamiento impide un uso adecuado los pocos recursos de servicio e infraestructura disponibles para los internos. Servicios médicos y de higiene, así como lugares de esparcimiento y aprendizaje, como talleres y bibliotecas, representan parte fundamental del desarrollo positivo e integral del interno. Sin embargo, esta posibilidad de desarrollo se ve frustrada por la incapacidad de los centros para optimizar el uso de sus recursos, lo que resulta en el abandono del interno, quien no recibe el apoyo que el Estado debiera entregarle a cualquier individuo que se encuentre privado de la libertad en algún centro carcelario. Ilustrativo es el artículo escrito por los responsables de una biblioteca penitenciaria en Rafaela, Argentina, donde describen las dificultades que la sobrepoblación supone para la creación y mantenimiento de la biblioteca del recinto penitenciario. Como los autores indican, el problema no es puntual o característico de algunos recintos, sino propio del “sistema penitenciario en general: superpoblación de detenidos, obsolescencia de las instalaciones, carencia de espacios adecuados, reducida cantidad de personal de seguridad y casi nula cantidad de personal especializado en cuestiones bibliotecarias que esté empleado dentro del sistema penitenciario”⁴¹.

40 Otra consecuencia lamentable del nivel de hacinamiento refiere a las condiciones sanitarias de los recintos carcelarios. El contagio de enfermedades se ve agravado por los problemas de hacinamiento y, en ocasiones extremas, la higiene de los centros es tan pobre que los encargados optan por no hacer uso de los servicios disponibles. Esta es parte de la decidora descripción de la cárcel de Challapalca según un informe de la Comisión Interamericana de Derechos: “Existe una farmacia con los medicamentos básicos, una sala para quirófano con una silla que de acuerdo a lo informado por el médico del penal nunca se ha utilizado por no contar la sala con condiciones de asepsia. Un laboratorio de rayos X con sus respectivos equipos pero sin los elementos necesarios para su funcionamiento”⁴². La cobertura de salud y niveles de higiene en la mayor parte de las cárceles sudamericanas es insuficiente para proveer a los internos – y a los funcionarios que trabajan en tales recintos – estándares mínimos que permitan una vida saludable. A modo de ejemplo, en las cárceles de Bellavista y el Buen Pastor, en Medellín, Colombia, existe una población penal de alrededor de 4.500 reclusos quienes deben compartir los servicios médicos de sólo dos profesionales⁴³. En tales condiciones, los reclusos son atendidos sólo por cuestiones particularmente graves y, en muchas ocasiones, dejados sin atención médica alguna, son el consiguiente riesgo para su persona, quienes trabajan en el recinto penal y, eventualmente, para la comunidad cercana al edificio carcelario.

Tercera Parte. Reflexiones finales: ¿Un sistema punitivo justo?

41 Si conectamos las dos partes de este ensayo debemos concluir con palabras no muy alentadoras. Cada una de las justificaciones del castigo como imposición de dolor que he presentado en la primera parte parece fallar cuando consideramos las condiciones actuales en las que la pena se lleva a cabo en Sudamérica.

42 En condiciones de hacinamiento como las que viven actualmente los reclusos es difícil creer que la educación moral de los internos tiene algo que ver con lo que sucede en la prisión en Sudamérica. Resulta ingenuo pensar también que en el siglo XXI nuestras prisiones constituyen un lugar de penitencia secular, en la que el castigado recibe un mensaje de censura por su acción y donde se facilita la posibilidad del arrepentimiento, reforma y reconciliación. En lugar de eso, dadas las condiciones de hacinamiento, abandono y violencia, nuestras cárceles parecen más bien depósitos humanos en los que tiene lugar algo más parecido a la venganza y el desprecio que a la censura, educación y reconocimiento de la dignidad del condenado.

43 Parece difícil defender además que la prisión en Sudamérica sea realmente una práctica que prevenga la futura acción delictual, como pretendería algún defensor de la postura

consecuencialista. En efecto, dadas las condiciones penales actuales, la cárcel representa más bien un lugar en el que se adquieren y desarrollan conductas criminógenas. Quien ha cometido alguna falta por la que se le ha condenado a prisión tiene más posibilidades de reincidir en una conducta criminal que quien se le condena a algún tipo de pena alternativa. Este es especialmente el caso en condiciones como las descritas en la segunda parte de este ensayo. Las lamentables circunstancias de hacinamiento en las que existen los internos en Sudamérica, donde la violencia, el estrés constante y la falta de recursos para promover proyectos integrales dentro de la prisión son una constante, hacen que quien entre en un centro de reclusión termine adquiriendo conductas antisociales que muy probablemente contribuirán a continuar y profundizar patrones de conducta criminal. Puesto que actualmente la tendencia general apunta a enfatizar las penas privativas de libertad en lugar de las penas alternativas, el castigo penal en Sudamérica tiende más a promover la acción delictual que a prevenirla.

44 Esta falta de conexión entre el sentido del dolor en la práctica punitiva y las condiciones presentes de las instituciones carcelarias en Sudamérica redonda en que las penas privativas de libertad, tal y como son aplicadas en la actualidad, transgreden garantías constitucionales y derechos básicos del castigado⁴⁴. Un informe de las Naciones Unidas a fines del año 2001 calificó de la siguiente forma la situación penitenciaria en Colombia: “Las condiciones de detención en las que se encuentra la gran mayoría de las personas privadas de libertad en Colombia, así como el trato que reciben de autoridades judiciales, policiales y penitenciarias constituyen flagrantes violaciones de sus derechos humanos”⁴⁵. Dados los ejemplos considerados en las páginas anteriores, tal juicio parece ser aplicable a la mayoría de los centros carcelarios de la región.

45 En las condiciones presentes, nuestras cárceles no solo restringen el derecho a la libertad de movimiento, sino que parecen impedir el disfrute de casi todos los derechos que una sociedad democrática supone defender y promover a favor de sus miembros. Tal cosa es lo que reflejan las condiciones de abandono en la que se encuentran los sujetos encarcelados en la gran mayoría de los recintos carcelarios de Sudamérica. En definitiva, la transgresión o directa violación de derechos básicos de estos ciudadanos impide pensar que la reforma, rehabilitación o reinclusión del sujeto castigado – cuestiones generalmente consideradas como centrales a la función del sistema penitenciario – es lo que realmente motiva el modo en que nuestra prisión es administrada.

46 Además de la violación de derechos y garantías básicas de los internos, hay elementos relativos al estado de derecho mismo que son transgredidos debido a estas condiciones carcelarias. Un principio básico del estado de derecho refiere al principio de proporcionalidad. Aplicado a la práctica penal, este principio establece que la gravedad de la pena es una función de la gravedad de la acción criminal por la que un sujeto ha sido condenado. En las condiciones actuales tal principio es transgredido pues, a pesar de la información ampliamente disponible a los legisladores acerca de las paupérrimas condiciones existentes en el sistema carcelario, cuando una legislatura establece principios de proporcionalidad entre la pena y el delito no considera cuánta mayor cantidad de dolor y sufrimiento el castigado recibe en las condiciones carcelarias actuales. En otras palabras, las privaciones que un recluso sufre en una cárcel de Sudamérica en un año – el dolor y sufrimiento que se impone sobre el individuo – son mucho mayores que las que recibiría durante el mismo período en una cárcel que pudiese ser descrita de acuerdo al artículo 5 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* – “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” –, y que se ajustara tanto a los “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos”⁴⁶ como a lo establecido por la *Declaración de Kampala*, de acuerdo a la cual se recomienda que los reclusos “gocen de condiciones de vida compatibles con la dignidad humana” y “las condiciones de detención de los reclusos y las reglamentaciones penitenciarias no agraven el sufrimiento que de por sí entraña la pérdida de la libertad”⁴⁷.

- 47 Aún si asumimos que las autoridades actúan de buena fe y que la motivación de nuestras instituciones no es el agravar la pena sufrida por los condenados, es innegable que tal agravamiento existe y, aún más lamentable, tiene lugar aún cuando las autoridades y la comunidad en general estamos al tanto de las pobres condiciones de la institución carcelaria.
- 48 Simultáneamente, todo lo anterior se ve empeorado por las tendencias que nuestros modelos penales han adoptado, los que no favorecen la aplicación de penas alternativas a la privación de libertad, y que, por el contrario, refuerzan el modelo punitivo de régimen cerrado. Considérese por ejemplo la tendencia en Chile, que desde el año 2000 apunta al alza en la población penal sujeta a penas de reclusión mientras que durante el mismo período refleja una reducción substancial de aquellos condenados sujetos a penas alternativas⁴⁸. La respuesta general al problema de la sobrepoblación y las pobres condiciones de existencia de los internos no tiende a promover medidas que apunten a una lógica distinta de la del estado de control e incapacitador, sino simplemente a aumentar el número de cárceles y mecanismos punitivos privativos de libertad. El desarrollo de políticas públicas que apunten justamente a lo contrario es condición necesaria de una reforma normativamente adecuada dirigida hacia un sistema penal justo en la que la práctica punitiva y la aplicación de dolor sobre el condenado adquieran un sentido como el que las teorías de la pena sugieren.
- 49 Si estas conclusiones son correctas, lo que obtenemos es entonces un oscuro retrato de la realidad penal sudamericana. Nuestra sociedad impone de manera constante sobre sus miembros una práctica – la pena – que está lejos de servir a la justicia. Nuestras instituciones penales en poco reflejan los modelos teóricos que he mencionado e infligen dolor y sufrimiento sin ofrecer una justificación normativamente suficiente o, al menos, una justificación que quede mínimamente plasmada en la práctica.
- 50 Esta distancia entre la teoría y la práctica no debe considerarse como una falta de la primera. La función de una teoría normativa no es representar la realidad. En lugar de ello la teoría debe servir de guía a nuestra práctica. Debiéramos aspirar – y trabajar en conseguir que tal aspiración se vuelva realidad – una justicia penal en la que la dignidad de las personas es respetada, y donde la imposición del sufrimiento por parte del Estado no es algo que ocurre sin una justificación teórica adecuada y suficientemente representada en la realidad de nuestras instituciones.
- 51 Aunque sería injusto sugerir que nada se ha intentado hacer en esta materia, lo que queda por hacer es muchísimo más que lo que hasta el momento parece que estamos dispuestos a realizar. El populismo penal en Sudamérica es una práctica enquistada en nuestra forma de hacer política, y más que actuar eficientemente y de acuerdo a principios normativos mínimos, la práctica penal es utilizada para atraer votos y promover una inadecuada retórica de guerra contra el crimen y el criminal. Todo a costa de olvidarnos de la dignidad de aquellos que delinquen y de ofrecer soluciones a los problemas de seguridad de manera inefectiva y contraproducente.
- 52 Lo que este ensayo ha intentado es comenzar a ilustrar cuán lejos la realidad sudamericana – aunque ciertamente no sólo ella – está de ofrecer un sistema penal que se someta a los principios que la teoría de la pena ofrece como condiciones de un sistema justo y justificable. Es mediante la ilustración de una práctica que impone dolor sin recurso a una justificación suficiente y adecuada que quizás nos motivemos a desarrollar las reformas que nuestras prácticas penales no pueden seguir esperando.

Bibliografía

Aimino, M. y Ferreyra, N., “La biblioteca en los establecimientos penitenciarios de detención transitoria”, artículo presentado en el *1er Foro Social de Información, Documentación y Bibliotecas*, Buenos Aires, 2004.

- Ashworth, A., "Is the criminal law a lost cause", *Law Quarterly Review* 116, 2000, p. 225-56.
- Bagaric, M. y Amarasekara, K., "The errors of retributivism", *Melbourne University Law Review* 24, 2000, p. 1-66.
- Bentham, J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, Burns, J. H. y Hart, H.L.A. (Eds.), Oxford, Clarendon Press, 1970.
- Bottoms, A., "The philosophy and politics of punishment and sentencing", en Clarkson, C. y Morgan, R. (Eds.), *The politics of sentencing reform*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p.17-49.
- Braithwaite, J. y Pettit, P., *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*, Oxford, OUP, 1990.
- Clarkson, C. y Morgan, R. (Eds.), *The politics of sentencing reform*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca, departamento de Tacna, República del Perú*, OEA, 2003.
- Dammert, L. y Díaz, J., "¿Es la cárcel solución para la delincuencia?", en *Observatorio* 1, Chile, Flasco, 2005, p.1-6.
- Dammert, L. y Zúñiga, L., *La cárcel: problemas y desafíos para las Américas*, Santiago, FLACSO, 2008.
- Defensoría del Pueblo de la Nación, *Las cárceles en Argentina*, Argentina, 2006.
- Duff, A., *Trials and punishments*, Cambridge, CUP, 1986.
- _____, *Punishment, communication, and community*, Oxford, OUP, 2001.
- Economic and Social Council, *International cooperation for the improvement of prison conditions. 1997/36*, New York, Naciones Unidas, 1997. Disponible on-line en http://www.un.org/spanish/ecosoc/docs/resdec1946_2000.shtml
- Feinberg, J., "The expressive function of punishment", en Feinberg, J., *Doing and deserving*, Princeton, Princeton University Press, 1970, p.95-118.
- Garland, D., *The culture of control*, New York, Oxford University Press, 2001.
- Gendarmería de Chile, "Estadísticas", Santiago, Gendarmería de Chile-Ministerio de Justicia, 2009. Disponible en <http://www.gendarmeria.cl/>
- Hampton, J., "The moral education theory of punishment", *Philosophy and Public Affairs* 13, 1984, p. 208-38.
- Hart, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, OUP, 1961.
- _____, *Punishment and responsibility*, Oxford, OUP, 1968.
- Husak, D., *Overcriminalization*, Oxford, OUP, 2008.
- International Centre for Prison Studies, "World prison brief", London, King's College London, 2009. Disponible en <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/>
- Jakobs, G., "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", en Jakobs, G. y Cancio, M., *Derecho penal del enemigo*, traducción de Manuel Cancio, Madrid, Civitas, 2003.
- Jiménez, G., *El funcionamiento de la cárcel como exclusión en Chile*, Santiago, Ministerio de Planificación, 2007.
- King, R., "Prisons" en Tonry, M. (ed.), *The handbook of crime and punishment*, Oxford, OUP, 1998.
- Locke, J., *Two treatises of government*, London, Yale University Press, 2003.
- Mackie, J.L., "Can there be a right-based moral theory?" en *Midwest Studies in Philosophy* 3, 1978. Reimpreso en Waldron 1995, p.168-81.
- Martínez, F. M. et al., *Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*, Bogotá, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001.
- Matravers, M., (Ed.), *Punishment and political theory*, Oxford, Hart, 1999.
- _____, *Justice and punishment*, Oxford, OUP, 2000.
- Morris, H., "A paternalistic theory of punishment", *American Philosophical Quarterly* 18, 1981, p. 263-71.

Naciones Unidas, *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*, Nueva York, Naciones Unidas Office on Drugs and Crime, 2007. Disponible on-line en <http://www.unodc.org/unodc/es/justice-and-prison-reform/compendium.html>

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, Ginebra, Naciones Unidas, 1990. Disponible en http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp35_sp.htm

Platón, *Diálogos*, traducción de José Luis Calvo, Madrid, Gredos, 1992.

Roberts, J. et al., *Penal populism and public opinion*, New York, OUP, 2002.

Shafer-Landau, R., "Can punishment morally educate?", *Law and Philosophy* 10, 1991, p. 189-219.

Simon, J., *Governing through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, New York, OUP, 2007.

Thomson, J., "Some ruminations on rights", *Arizona Law Review* 19, 1977, p. 45-60.

Tonry, M. (Ed.), *The handbook of crime and punishment*, Oxford, OUP, 1998.

_____, *Thinking about crime: sense and sensibility in American Penal Culture*, New York, OUP, 2004.

Von Hirsch, A. y Ashworth, A., *Proportionate sentencing*, Oxford, OUP, 2005.

Waldron, J. (Ed.), *Theories of rights*, Oxford, OUP, 1995.

Walker, N., *Why punish?* Oxford, Oxford University Press, 1991.

Notas

1 Bentham, J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, Burns, J. H. y Hart, H.L.A. (Eds.), Oxford, Clarendon Press, 1970, p.158.

2 Esta posición, que llamo la concepción estándar del castigo penal, tiene como locus classicus el modelo Benn-Flew-Hart, según el cual el castigo "debe incluir dolor u otras consecuencias normalmente consideradas no placenteras" en Hart, H.L.A., *Punishment and responsibility*, Oxford, OUP, 1968, p. 4. (A menos que se indique lo contrario, todas las traducciones son mías). Como veremos, la concepción estándar es ampliamente aceptada e influyente en nuestro entendimiento de lo que es el castigo. Aunque no lo desarrollo en este artículo, existe una línea de argumentación distinta a la estándar y que distingue claramente entre el castigo como dolor y otras características inherentes a la práctica punitiva.

3 Para la argumentación clásica acerca de la conveniencia de que el Estado ejerza el monopolio de la práctica punitiva, véase Locke, J., *Two treatises of government*, London, Yale University Press, 2003.

4 Knowles, D., "Punishment and rights", en Matravers (Ed.), *Punishment and political theory*, Oxford, Hart, 1999, p. 29.

5 He optado por enfatizar la violación de derechos como la razón por la que el castigo penal requiere justificación. Sin embargo, es posible adoptar otro tipo de teoría moral en orden a explicar la necesidad de tal justificación. Así, en lugar de una teoría moral de los derechos, es posible considerar una teoría moral deontológica o una teoría consecuencialista para dar razones de la necesidad de una justificación. Mientras una teoría deontológica funda la necesidad de justificación en la idea que el castigo supone la violación por parte de quien castiga de sus deberes de no interferencia, una teoría consecuencialista funda tal necesidad en la idea de que el resultado inmediato del castigo es producir un mal en el castigado. Véase Mackie, J.L. "Can there be a right-based moral theory?" en *Midwest Studies in Philosophy* 3, 1978. Reimpreso en Waldron 1995, p.168-81.

6 Para la distinción entre infringir y violar un derecho, véase Thomson, J., "Some ruminations on rights", *Arizona Law Review* 19, 1977, p. 45-60.

7 Este análisis es simplemente tentativo. También podría construirse la ley penal como un imperativo disyuntivo: 'haz (o no hagas) X o recibirás un castigo'. De cualquier forma, este análisis y el modo en que construyamos la forma lógica de la ley criminal no afecta mi argumento central en este punto, a saber, que la ley criminal supone una orden (un imperativo) y la amenaza de castigo.

8 Véase por ejemplo el Gorgias. En Platón, *Diálogos*, traducción de José Luis Calvo, Madrid, Gredos, 1992.

- 9 Morris, H., "A paternalistic theory of punishment", *American Philosophical Quarterly* 18, 1981, p. 263-71.
- 10 Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, OUP, 1961.
- 11 Hampton, J., "The moral education theory of punishment", *Philosophy and Public Affairs* 13, 1984, p. 212
- 12 Idem, p. 227.
- 13 Feinberg, J., "The expressive function of punishment", en Feinberg, J., *Doing and deserving*, Princeton, Princeton University Press, 1970, p.95-118.
- 14 Duff, A., *Punishment, communication, and community*, Oxford, OUP, 2001, p.106-12.
- 15 Idem, p.79.
- 16 A la base de la justificación consecuencialista hay una serie de asertos de carácter empírico que escapan el ámbito de esta sección. En concreto, el teórico consecuencialista afirma que si tales asertos son verdad (e.g. que la aplicación del castigo previene futuros delitos a un costo menor que otras alternativas), entonces se sigue la justificación de la pena.
- 17 Bentham, J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, Burns, J. H. y Hart, H.L.A. (Eds.), Oxford, Clarendon Press, 1970, p. 11.
- 18 Braithwaite y Pettit representan una de las más notables contribuciones recientes del consecuencialismo a la teoría de la pena. Aunque su modelo es bastante más sofisticado que lo expuesto aquí en relación a Bentham, finalmente la estructura es similar: la maximización de 'dominio' es lo que justifica la aplicación de la pena. Braithwaite, J. y Pettit, P., *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*, Oxford, OUP, 1990.
- 19 Para un análisis crítico del castigo como educación véase Shafer-Landau, R., "Can punishment morally educate?", *Law and Philosophy* 10, 1991, p. 189-219. Para críticas del castigo como comunicación véase Bagaric, M. y Amarasekara, K., "The errors of retributivism", *Melbourne University Law Review* 24, 2000, p. 1-66 y Von Hirsch, A. y Ashworth, A., *Proportionate sentencing*, Oxford, OUP, 2005. Para una exposición crítica del castigo como práctica preventiva véase Duff, A., *Trials and Punishments*, Cambridge, CUP, 1986 y Walker, N., *Why punish?*, Oxford, Oxford University Press, 1991. Para una discusión acuciosa de estas distintas teorías, véase Matravers, M., *Justice and punishment*, Oxford, OUP, 2000.
- 20 Este es un cálculo estimado en base a la información disponible más reciente de acuerdo al International Centre for Prison Studies. Tal información incluye documentos publicados entre los años 2005 –en el caso de Surinam– y 2009 –en el caso de Chile–. International Centre for Prison Studies, World prison brief, London, King's College London, 2009. Disponible on-line en <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/>
- 21 Tales beneficios son los que algunas jurisdicciones llaman penas alternativas (alternativas a las penas restrictivas de la libertad) y que pueden incluir libertad vigilada, remisión condicional de la pena o trabajos comunitarios, entre otros.
- 22 La población penal adolescente es administrada, generalmente, por un cuerpo institucional distinto al de la población penal adulta. De ahí que en algunas muestras estadísticas no se incluya la población adolescente dentro del número total de reclusos.
- 23 Gendarmería de Chile, "Estadísticas", Santiago, Ministerio de Justicia, 2009. Disponible on-line en <http://www.gendarmeria.cl/>
- 24 Dammert, L. y Zúñiga, L., *La cárcel: problemas y desafíos para las Américas*, Santiago, FLACSO, 2008, p.43.
- 25 Por ejemplo, en su libro más reciente, Douglas Husak considera los altísimos poderes discrecionales de la policía y la parte persecutora como una de las causas más fundamentales que explican los altos índices de castigo penal. Husak, D., *Overcriminalization*, Oxford, OUP, 2008, especialmente cap. 1.
- 26 Quizás la única excepción la constituye Venezuela, donde en 1993 la población carcelaria alcanzaba 23.200 individuos, mientras que al año 2008, tal número se redujo a 22.000. Cabe mencionar que la tendencia en los últimos seis años apunta igualmente al alza. Uruguay y Paraguay, aunque han experimentado alzas, en los últimos 3 años estas han sido menos significativas que las del resto del continente, manteniendo su población penal más o menos constante.
- 27 Gendarmería de Chile, ob. cit., 2009.
- 28 International Centre for Prison Studies, *World prison brief*, London, King's College London, 2009. Disponible en <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/>

29 Para algunos notables esfuerzos dirigidos a identificar y evaluar estas causas principalmente en el mundo anglosajón pero con implicancias ciertas para el caso sudamericano, véanse Tonry, M. *Thinking about crime: sense and sensibility in American Penal Culture*, New York, OUP, 2004, los distintos artículos en Tonry, M. (Ed.), *The handbook of crime and punishment*, Oxford, OUP, 1998, y más recientemente Simon, J., *Governing through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, New York, OUP, 2007.

30 En una entrevista reciente, el Director de los centros penitenciarios de Chile, Alejandro Jiménez, señaló que “Si la puerta giratoria de la justicia penal vira lo hace fuertemente hacia dentro de la cárcel”, y añadió que “no hay conciencia para dar una segunda oportunidad a quien estuvo preso... Si queremos que los internos se pudran en la cárcel, entonces debemos construir más cárceles.” *El Mercurio*, 12 de Enero 2009, p. C1.

31 Llamarles programa es quizás muy optimista. Recientemente, Andrew Ashworth ha llamado a la justicia penal una causa perdida debido precisamente a la falta de un programa coherente de prácticas y principios penales. En lugar de eso, la justicia penal es un conjunto de tendencias contradictorias, ajenas a principios normativos y regulatorios que indiquen un objetivo claro de la dirección de las instituciones y prácticas penales. Véase Ashworth, A., “Is the criminal law a lost cause”, *Law Quarterly Review* 116, 2000, p. 225-56.

32 Garland, D., *The culture of control*, New York, Oxford University Press, 2001.

33 Para un análisis del populismo penal, véase Bottoms, A. “The philosophy and politics of punishment and sentencing”, en Clarkson, C. y Morgan, R. (Eds.), *The politics of sentencing reform*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p.39-41, y Roberts, J. et al, *Penal populism and public opinion*, New York, OUP, 2002.

34 Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G. y Cancio, M., *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio, Madrid, Civitas, 2003.

35 Martínez, F. M. et al., *Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*, Bogotá, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001.

36 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, Ginebra, Naciones Unidas”, 1990. Disponible en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp35_sp.htm

37 Véase King, R., “Prisons” en Tonry, M. (Ed.), *The handbook of crime and punishment*, Oxford, OUP, 1998, p.615.

38 Jiménez, G., *El funcionamiento de la cárcel como exclusión en Chile*, Santiago, Ministerio de Planificación, 2007.

39 Economic and Social Council, *International cooperation for the improvement of prison conditions. 1997/36*, New York, Naciones Unidas, 1997, p.107. Disponible on-line en http://www.un.org/spanish/ecosoc/docs/resdec1946_2000.shtml

40 Véase Defensoría del Pueblo de la Nación, *Las cárceles en Argentina, Argentina*, 2006, p.14, y *Clarín*, 16 octubre 2005, disponible on-line en http://www.clarin.com/diario/2005/10/16/index_diario.html

41 Aimino, M. y Ferreyra, N., “La biblioteca en los establecimientos penitenciarios de detención transitoria”, artículo presentado en el 1er Foro Social de Información, Documentación y Bibliotecas, Buenos Aires, 2004, p.9.

42 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca, departamento de Tacna, República del Perú*, OEA, 2003, p.13.

43 Dammert, L. y Zúñiga, L., *La cárcel: problemas y desafíos para las Américas*, Santiago, FLACSO, 2008, p.122.

44 Considérese nuevamente la Resolución de las Naciones Unidas citada más arriba: “las condiciones de hacinamiento en las cárceles pueden afectar los derechos humanos de los reclusos”. Economic and Social Council, op.cit., 1997, p.107.

45 Martínez, F. M. et al., op. cit., p.7.

46 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, Ginebra, Naciones Unidas, 1990. Disponible en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp35_sp.htm

47 Naciones Unidas, *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*, Nueva York, Naciones Unidas-Office on Drugs and Crime, 2007, p. 42. Disponible en <http://www.unodc.org/unodc/es/justice-and-prison-reform/compendium.html>.

48 Dammert, L. y Díaz, J., “¿Es la cárcel solución para la delincuencia?”, en *Observatorio 1, Chile*, FLACSO, 2005, p.2. El público general y los medios de comunicación también contribuyen a esta lógica punitiva que desfavorece penas alternativas. Considérese el título de una reciente columna de opinión en el diario *La Nación* de Paraguay: “Estamos podridos de las medidas alternativas”. Peralta, C., en *La Nación*, 18 de enero 2009, disponible on-line en <http://www.lanacion.com.py/carlos-peralta/57.htm>

Para citar este artículo

Referencia electrónica

Alfonso Donoso, « Castigo y Dolor: el Caso Sudamericano Hoy », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En línea], Debates, 2009, Puesto en línea el 30 mars 2009. URL : <http://nuevomundo.revues.org/index55834.html>

Alfonso Donoso

University of York, Reino Unido, ad546[at]york[point]ac[point]uk

Licencia

© Tous droits réservés

Résumé / Abstract / Resumen

Cet essai fait l’analyse critique en plusieurs étapes du châtement pénal en Amérique du Sud au XXI^e siècle. Premièrement il fait du châtement pénal une problématique relevant de la morale, en raison du lien existant entre l’acte de punir et l’imposition de la douleur et de la souffrance. Deuxièmement, il fait brièvement état des arguments relevant de la philosophie du châtement pour justifier l’application de la peine comme douleur et comme souffrance. Troisièmement, il rend compte des conditions actuelles dans lesquelles sont exécutées les peines privatives de libertés en Amérique du Sud. Quatrièmement, il conclut que les techniques punitives du sous-continent ne sont pas compatibles avec les exigences normatives a minima établies par la philosophie du châtement. Sans les réformes correspondantes, le châtement pénal en Amérique du Sud impose que soit infligée à l’individu puni une douleur démesurée et injustifiée.

Mots clés : prison, Amérique du Sud, châtement, douleur, philosophie des châtements

Punishment and Pain: the South American Case Today

This paper offers a critical analysis of the practice of punishment in South America in the 21st century. It undertakes this task through a series of steps: first, given the link between punishment and the imposition of pain and suffering, this article depicts criminal punishment as a morally problematic practice. Second, it briefly advances some of the most influential philosophical explanations of the connection between punishment and pain. Third, it describes the conditions in which imprisonment is currently applied in South America. And fourth, the article concludes that the practice of punishment in South America is not compatible with the normative principles advanced by the philosophy of punishment. Without the necessary amendments, punishment in South America amounts to the unjustified and unfair imposition of pain upon individuals.

Keywords : philosophy of punishment, pain, prison, punishment, South America

Este ensayo ofrece un análisis crítico del castigo penal en Sudamérica en el siglo XXI. El artículo realiza tal tarea a través de una serie de pasos: primero presenta el castigo penal como una práctica moralmente problemática por la relación que existe entre la acción punitiva y la imposición de dolor y sufrimiento. Segundo, establece brevemente algunos de los argumentos que la filosofía del castigo ha desarrollado para justificar la aplicación de la pena como dolor y sufrimiento. Tercero, da cuenta de las condiciones presentes en que se aplican las penas privativas de la libertad en Sudamérica. Y cuarto, concluye que las técnicas punitivas en el subcontinente no son compatibles con las demandas normativas mínimas establecidas por la filosofía de la pena. Sin las reformas correspondientes, el castigo penal en Sudamérica supone la aplicación desmedida e injustificada de dolor sobre el individuo castigado.

Palabras claves : Sudamérica, filosofía de la pena, dolor, cárcel, castigo

Licence portant sur le document : © Tous droits réservés