

A duras penas

La discusión sobre el sentido de la pena no cesa. En los medios de comunicación, se trata, ante todo, de la pena como mecanismo de inocuización. Así, los casos de delincuencia violenta que han trascendido en las últimas semanas han conducido a que en la opinión pública menudeen, de nuevo, propuestas de incremento de las penas. En particular, a que se plantee la introducción en el sistema jurídico-penal español de la pena de prisión perpetua, sobre cuya discutible constitucionalidad se han pronunciado algunas voces. Sin embargo, si la discusión sobre la pena se aborda desde su funcionalidad como mecanismo de inocuización, las diferencias entre pena y medida de seguridad se diluyen y, con ello, se pierden de vista elementos esenciales de la propia idea de pena.

En el mundo académico, en cambio, la discusión se encuentra en un plano absoluto y paradójicamente distinto¹. Trátase aquí, ante todo, de visiones idealistas, para las que el sentido de la pena se halla en la dimensión simbólica, expresiva o comunicativa (los tres términos se usan de modo no demasiado diferenciado)². Ya hace años que Hegel, y en particular su visión de la pena como restablecimiento de la relación de reconocimiento recíproco entre los ciudadanos - quebrada por el delito-, se puso de moda. Y sigue estando *en vogue*.

Precisamente por eso, lo más problemático para la discusión doctrinal es lo que para un profano que eche una ojeada a las cárceles resultaría, sin embargo, más evidente: que la pena constituye un sufrimiento que se padece (el clásico *malum passionis*, al que ahora se suele aludir como “dolor penal”: *Strafleid*). Desde la perspectiva hegeliana no está nada claro que la pena requiera precisamente eso³. Y de ahí los esfuerzos contemporáneos por fundamentar que la estancia del preso en la cárcel es también “comunicación”. El trabajo de Gómez-Jara en este número de *InDret Penal* es una excelente manifestación de esta línea de pensamiento, fundamentada en su caso desde la perspectiva de la teoría de sistemas. Pero existen otros ejemplos recientes desde orientaciones distintas⁴.

¹ Como se refleja, entre otros, en el texto de SCHÜNEMANN incluido en este número.

² La cosa no es tan nueva. Ya en VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlin 1882 (reimpr. Aalen 1992), pp. 319-320, se señala que lo decisivo de la pena es constituir expresión de desaprobación (*Mißbilligung*), sin que sea necesario el sufrimiento del reo.

³ Cfr. SEELMANN, «Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1993, pp. 228 ss., 231, 236.

⁴ Cfr. FEIJOÓ, «Prevención general positiva: estabilización normativa mediante la imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs», en CANCIO/ FEIJOÓ (Ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Madrid 2008, pp. 145 y ss.

Los editores de InDret Penal somos escépticos ante las explicaciones unidimensionales o monistas del sentido de la pena. Frente a la absolutización de uno de los aspectos de la pena frente a otro (u otros), seguimos teniendo muy presente el ya clásico texto de Stratenwerth: „*Sin duda, la pena tiene la función de neutralizar simbólicamente la infracción del Derecho y, por ello, puede representarse para la reflexión filosófica como la ‘negación de la negación del Derecho’, que vio Hegel en ella. Sin embargo, esto no impide que, a la vez, más concretamente, se aluda a ella como la causación de mal que constituye para el condenado*“⁵.

Hace pocas semanas visitó la Universitat Pompeu Fabra Andrew von Hirsch. En su seminario, el respetado colega de Cambridge desarrolló sus ideas ya conocidas sobre la doble justificación de la pena⁶: la justificación del reproche inherente a la pena en la visión retrospectiva de lo merecido; y la justificación de la causación de daño al delincuente, asimismo inherente a la pena, en la visión prospectiva de lo necesario en términos preventivos. Ciertamente, sobre ello se puede discutir (y de hecho se discutió bastante). Aunque sólo sea porque al reproche también le es propio un daño (al menos, reputacional); y porque la causación de daño también es una forma de “comunicar”. Sin embargo, debatiendo sobre estas y otras cuestiones, era casi inevitable pensar que las explicaciones unidimensionales de la pena, como las del delito (y las del ser humano en última instancia) siempre resultarán incompletas, por muy estética que su formulación resulte⁷.

Jesús-María Silva Sánchez

⁵ STRATENWERTH, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin/New York 1995, p. 19-20.

⁶ Cfr. VON HIRSCH, «The Justification for Punishment's Existence: Censure and Prevention», en VON HIRSCH/ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford 2005, pp. 13 y ss.; el mismo, «Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung», en NEUMANN/PRITTWITZ (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt 2005, pp. 57 y ss. ; el mismo, «Retribución y prevención como elementos de la justificación de la pena» (trad. Nieto Martín), en ARROYO ZAPATERO/ NEUMANN/ NIETO MARTÍN (coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Cuenca 2003, pp. 125 y ss.. Naturalmente, no respondo de que los textos coincidan exactamente.

⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Del derecho abstracto al derecho “real”», *InDret* 4/2006, en www.indret.com.