

Patologías del dolor penal

Mediante la expresión “dolor penal” (*Strafleid, hard treatment*) es común referirse a la dimensión fáctica de la pena, frente a su dimensión simbólica o expresiva. Creo que la distinción –a pesar de que el dolor también “exprese” y el simbolismo pueda “doler”- tiene capacidad de rendimiento. En lo que sigue, me referiré a un par de patologías de la dimensión fáctica de la pena. La primera de ellas se refiere a las limitaciones de derechos (dolores adicionales) que se asocian -como efectos colaterales- a la privación de libertad del sujeto y que son imputables objetivamente al Estado. La segunda, a la vigencia del principio de igualdad en el padecimiento del dolor penal.

En cuanto a lo primero, deben distinguirse, seguramente, dos clases de efectos secundarios. Por un lado, aquellos que se encuentran consustancial (y lícitamente) vinculados a la privación de libertad: por ejemplo, en materia de intimidad, autonomía sexual, propiedad personal, libertad de asociación y expresión.¹ Por otro lado, aquellos que no se hallan vinculados consustancialmente (ni tampoco lícitamente) a la privación de libertad, sino que son debidos a las deficiencias del Estado: en particular, los que traen causa de las defectuosas condiciones de las cárceles, con los consiguientes riesgos para la salud y la integridad física que sí serían objetivamente imputables al Estado. A este respecto, puede mencionarse que el Tribunal Supremo norteamericano -en su sentencia *Brown v. Plata, 131 S.Ct. 1910, 1923 (2011)*- entendió que la masificación de las cárceles de California era tal que violaba la cláusula de *cruel and unusual punishment* de la Octava Enmienda, de modo que urgió a las autoridades de aquel Estado a que redujeran su población penitenciaria a un nivel del 137,5 % en el plazo de dos años.

El efecto de agravación de la sanción que resulta de las condiciones objetivas de la prisión es objetivamente imputable al Estado y, por tanto, debería ser tenido en cuenta en la individualización de la pena o en su propia ejecución.² No se trata de la imposición de condiciones carcelarias más duras, debida a razones disciplinarias, y por tanto legítima. Estas consecuencias no escritas en los Códigos ni tampoco consustanciales a la prisión precisan, pues, ser sometidas a un test de justificación. Aquí surgen tres cuestiones: cómo justificar este riesgo o daño adicional en el marco de una teoría de la legitimación;³ cómo compensarlo en el caso de que no se encuentre justificación alguna;⁴ y qué hacer en el caso de que se produzca un daño relevante (está clara la responsabilidad patrimonial del Estado y no la responsabilidad penal de los funcionarios).

¹ KOLBER, «Unintentional Punishment», *Legal Theory*, (18), 2012, pp. 1 y ss., p. 13.

² Frente a lo que señala KOLBER, *Legal Theory*, (18), 2012, pp. 16 y ss., lo decisivo no es si el daño para el recluso es previsible o no, sino a qué esfera de organización le es imputable: por ejemplo, el riesgo de una depresión le es imputable al recluso pues tiene que ver con su constitución psíquica; en cambio, el riesgo de daño físico, sexual, etc., sí sería imputable al Estado.

³ HUSAK, «Retribution in Criminal Theory», *San Diego L.Rev.*, (37), 2000, pp. 959, 972.

⁴ En este sentido KOLBER, *Legal Theory*, (18), 2012, p. 27, indicando que en la determinación de la pena debería ajustarse la duración, atendiendo a este extremo.

El otro tema asimismo problemático es el de la especial sensibilidad a la dureza de la dimensión fáctica de la pena que pueden mostrar algunos sujetos.⁵ Cabe discutir, ciertamente, si el principio de un igual sufrimiento punitivo subjetivo (*subjektiv gleiches Strafleiden*)⁶ debería constituir un criterio de la individualización de la pena. El hecho de que una misma pena puede ser sufrida con diferente intensidad en función de cuáles sean las circunstancias externas e internas del penado no parece que admita demasiada discusión. Ello ya fue reconocido por BENTHAM en sus *Principles of Morals and Legislation* (1789), quien estableció el *principle of equal impact*.⁷ Por otro lado, no cabe duda de que este principio inspira el sistema de días-multa. Ahora bien, como han puesto de relieve ASHWORTH/PLAYER comentando la práctica de los tribunales británicos, la generalización del principio hasta abarcar las penas de prisión se hace sumamente difícil.⁸ Los déficits de información, la diversidad de causas a las que puede responder esa mayor sensibilidad (o menor, pues también habría que considerar esa hipótesis) y la diferencia entre la privación de dinero y la privación de libertad y de tiempo son obstáculos que determinan que sólo en casos muy extremos se haya tenido en cuenta. En ellos, sin embargo, más que de una cuestión de *equal impact*, parece haberse tratado lisa y llanamente de la incidencia del principio de humanidad. En realidad, un criterio que podría sentarse es que la experiencia subjetiva del castigo tiene que ver con la esfera organizativa del sujeto y por ello no es imputable al Estado, a diferencia de lo que ocurre con las condiciones carcelarias. Por ello, en principio esa superior sensibilidad a la pena no debería tomarse en consideración desde la perspectiva del principio de proporcionalidad;⁹ como tampoco debería ocurrir lo contrario: a saber, que un sujeto con nula sensibilidad a la pena, o que se encontrara incluso bien en la cárcel, hubiera de experimentar una pena de prisión más larga. El criterio de individualización de la pena relativo a las circunstancias personales del delincuente (art. 66 CP) no debería, por lo demás, comprender estas circunstancias, en la medida en que se refiere sólo a las que son coetáneas al hecho y se manifiestan en éste.

En algunos casos, parece que debería tenerse en cuenta esa especial sensibilidad, cuando no es individual, sino objetivable. Por ejemplo, para una persona joven el tiempo (también el tiempo que discurre en prisión) transcurre más lentamente (porque la experiencia subjetiva del tiempo es igual al tiempo de que se trata (por ejemplo, 5 años) partido por el tiempo que se ha vivido hasta la fecha, de modo que $x = 5/20$ es mucho más tiempo para el joven de veinte años que para el adulto de cuarenta años ($x = 5/40$). Lo que parece que podría dar lugar a una atenuación de la duración de la pena para las personas jóvenes.

⁵ KOLBER, «The Subjective Experience of Punishment», *Colum.L.Rev.*, (109), 2009, pp. 182 y ss.; KOLBER, «The Comparative Nature of Punishment», *B.U.L.Rev.*, (89), 2009, pp. 1565 y ss.; KOLBER, «The Experiential Future of the Law», *Emory L.J.*, (60), 2011, pp. 585 y ss.; MARKEL/FLANDERS, «Bentham on Stilts: The Bare Relevance of Subjectivity to Retributive Justice», *Cal.L.Rev.*, (98), 2010, pp. 907 y ss., 963 y s.; BRONSTEEN/BUCCAFUSCO/MASUR, «Retribution and the Experience of Punishment», *Cal.L.Rev.*, (98), 2010, pp. 1463 y ss., 1483 y s.

⁶ Cfr. ASHWORTH/PLAYER, «Sentencing, Equal Treatment, and the Impact of Sanctions», en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory. Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford University Press, Oxford 1998, pp. 251 y ss.

⁷ BENTHAM, *Principles of Morals and Legislation*, 1789, Cap. VI, parágrafo 6.

⁸ ASHWORTH/PLAYER, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, pp. 256 y ss.

⁹ SIMONS, «Retributivists Need Not and Should Not Endorse the Subjectivist Account of Punishment», *Colum.L.Rev. Sidebar*, (109), 2009, p. 4.; en el mismo sentido GRAY, «Punishment as Suffering», *Vand.L.Rev.*, (63), 2010, pp. 1619 y ss., 1653, pero indicando de forma clara que esa no responsabilidad del Estado se produciría con respecto al sufrimiento no intencionado que podría derivarse “incidentalmente” del castigo. En contra, KOLBER, *Legal Theory*, (18), 2012, p. 27.

Pero siempre cabe considerar la perspectiva inversa. Una cierta medida de tiempo de privación de libertad (por ejemplo, 5 años) incide de un modo superior sobre la expectativa de vida de quien tiene sesenta años que sobre la de quien tiene sólo treinta. De modo que el tema se hace especialmente problemático y la solución, nada fácil.

Sea como fuere, lo anterior muestra lo lejos que todavía nos hallamos de la construcción acabada de una teoría proporcionalista del castigo; y la necesidad de que prosigan los esfuerzos de unos y otros en esta dirección.

Jesús-María Silva Sánchez