

Derecho y dolor*

Dolor inflingido y dolor sufrido

En un ensayo de hace unos años Salvatore Natoli propuso repensar el derecho sobre la base de sus nexos —en cuanto cura y en cuanto sanción— con el dolor.¹ Me parece muy fecunda y estimulante, en particular, la distinción sugerida por él de las dos figuras del *dolor sufrido* y del *dolor inflingido* —uno natural, el otro producto de los hombres— correspondientes a los dos males en cuya eliminación o reducción reconoce Natoli la razón o justificación del Derecho.

Estas dos figuras del dolor ofrecen una adecuada clave de lectura de las formas o de las líneas de desarrollo del moderno Estado constitucional de derecho. Podemos afirmar, de hecho, que todos los derechos fundamentales son configurables como derechos a la exclusión o a la reducción del dolor. Precisamente, los *derechos de libertad*, junto con el derecho a la vida y a la integridad personal —consistentes todos en expectativas negativas o en inmunidades de lesión— son interpretables como derechos dirigidos a prevenir el dolor inflingido, es decir el mal provocado por los hombres, a través del derecho penal y la regulación y minimización de la reacción punitiva al delito. Por otro lado, todos los *derechos sociales* —a la subsistencia y a la supervivencia— pueden ser concebidos como expectativas positivas, es decir a prestaciones públicas dirigidas a reducir el dolor sufrido, en un sentido amplio natural, como las enfermedades, la indigencia, la ignorancia, la falta de medios de subsistencia.

* Traducción de Miguel Carbonell.

¹ S. Natoli, “Dal potere caritatevole al Welfare State” en varios autores, *Nuove frontiere del diritto* (edición de Pietro Barcellona), Bari, Dedalo, 2001, pp. 129-145.

Creo que toda la historia del derecho moderno puede ser leída como la historia del desarrollo, en formas siempre más complejas y articuladas, de la estructura institucional de la esfera pública como sistema de respuestas a estos dos tipos de dolor o de males distinguidos por Natoli. Ciertamente el derecho moderno, el del *Estado liberal de derecho*, nace en el terreno del derecho penal, como Estado y derecho mínimos dirigidos a organizar, en tutela de los derechos de libertad y de inmunidad, dos tipos de respuestas al *dolor infringido*, correspondientes a los dos objetivos justificatorios del derecho penal en los cuales he identificado el paradigma del *derecho penal mínimo*:² la minimización del dolor infringido a los individuos en las relaciones entre ellos, a través de la prohibición y sanción como delitos de las ofensas producidas a los derechos de los demás; y la minimización del dolor infringido por el Estado bajo la forma de penas, a través de los límites a las mismas impuestos por los derechos de libertad sobre todo a su potestad de prohibir, es decir de configurar como delitos el ejercicio de libertades fundamentales o comportamientos inofensivos, y en segundo lugar a su potestad de castigar, a través de límites impuestos por las garantías procesales.

Pero el derecho contemporáneo se ha desarrollado en el último siglo, además, en las formas del *Estado social de derecho*, como Estado y derecho máximos dirigido a organizar, en tutela de los derechos sociales, un sistema de respuestas al *dolor sufrido* y por así llamarlo “natural”: a las enfermedades a través del derecho a la salud, a la ignorancia a través del derecho al estudio, a la indigencia a través de los derechos a la asistencia y a la previsión. El paradigma del Estado de derecho es siempre el mismo: el desarrollo de una esfera pública, que tutele el conjunto de derechos fundamentales estipulados en esos pactos fundadores de la convivencia social que son las constituciones, como objetivo o razón de ser del derecho y del Estado.

² Remito a *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª edición, Madrid, Trotta, 2004, capítulo vi. Formulé por primera vez este paradigma en una ponencia titulada “Derecho penal mínimo” presentada en un coloquio organizado por Roberto Bergalli en Barcelona, del 5 al 8 de junio de 1985, en polémica con las tesis prevalentemente abolicionistas sostenidas por los demás ponentes. El texto fue publicado por el propio Bergalli en el número 0 de la revista *Poder y control*, 1986, pp. 25-48.

Por esto —por las analogías estructurales, aún en la diversidad de contenidos, entre las técnicas de garantía contra el mal inflingido y contra el mal sufrido— es importante el análisis del modelo liberal del Estado de derecho tal como se ha venido formando, en el plano teórico, filosófico y en el institucional, sobre el terreno del derecho penal. Lo que he llamado “derecho penal mínimo” no es otra cosa más que el sistema de normas idóneas para garantizar esta doble minimización de la violencia y del dolor inflingido: del dolor inflingido por los delitos y del inflingido por las penas. El derecho penal se justifica si y solo si previene y minimiza, a través de sus normas primarias o sustanciales, las ofensas y los sufrimientos inflingidos por los delitos y, a través de sus normas secundarias o procesales, las ofensas y sufrimientos inflingidos por las reacciones punitivas a los delitos. Pero no se ha sostenido, de hecho, que realice estas finalidades de prevención y de minimización del dolor que lo justifican. La historia de los procesos y de las penas —pensemos en lo que han sido la inquisición, los suplicios, las picotas, las torturas judiciales— ha sido mucho más cruel e infamante para la humanidad que toda la historia de los delitos.

Son por tanto *ideológicas* todas las teorías de justificación *a priori* como las que justifican el derecho penal en cuanto tal, en abstracto, con el objetivo de la prevención de los delitos, de la defensa social o de la reeducación del reo, más allá de la concreta afirmación de su efectiva realización. Lo cierto es que una justificación consistente puede ser solamente *a posteriori*, contingente, sectorial, es decir atendiendo a la efectiva reducción de la violencia o del dolor conseguida, respecto a la ausencia de derecho o de derechos, no ya del derecho penal en cuanto tal, sino por este o el otro derecho penal, o mejor por esta o aquella concreta norma o institución penal o procesal.

Este modelo de justificación del derecho penal puede ser extendido a todo el derecho moderno. Es en esto que reside el impulso específico del iluminismo jurídico: el haber sometido al derecho, reflejado en la forma paradigmática del derecho penal, a la carga de justificación. El derecho, todo el derecho, siendo un “artificio” construido por los hombres —como derecho “positivo” y no ya “natural”— se justifica racionalmente si y solo si se realiza la minimización del dolor.

Iusnaturalismo, iuspositivismo, iusconstitucionalismo

Es esta especificidad del derecho moderno la que se ignora por las tesis iusnaturalistas de quienes todavía hoy —pienso, por ejemplo, en Emanuele Severino—, identifican como el rasgo característico del derecho propio de “la tradición occidental” el ser un reflejo del orden natural, es decir de un “ordenamiento inmutable develado por la episteme”.³ Esto no se puede sostener para el caso del derecho de la edad moderna. Fue verdad hasta el proceso de positivación y secularización del derecho sucedido con el nacimiento del Estado moderno. Solamente hasta entonces, en la edad premoderna, el derecho no podía justificarse más que como reflejo, según la concepción aristotélica, de un orden superior ontológico de tipo racional, divino o natural. Todo el derecho premoderno, desde el derecho romano hasta el derecho común de la edad media era un derecho jurisprudencial, doctrinario, que se legitimaba directamente sobre la base de sus contenidos, es decir de su intrínseca racionalidad correspondiente a una supuesta ontología de los valores.

Por esto, en el modelo premoderno, la validez de las normas jurídicas se identificaba con su justicia y el iusnaturalismo no podía dejar de ser, entonces, la filosofía del derecho dominante: porque en ausencia de un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, el criterio de identificación de la existencia misma de las normas era inmediatamente el de su justicia sustancial. Una tesis de Bártolo prevalecía sobre una tesis de Baldo no ya por su mayor autoridad, sino por su mayor importancia. En este sentido, en la célebre contraposición expresada por Hobbes en su *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común en Inglaterra*, tenía razón el jurista al afirmar que *veritas non auctoritas facit legem*: era la verdad, es decir la intrínseca racionalidad o justicia, la que en un derecho inmediatamente jurisprudencial, como lo era el derecho común pre-moderno, fundamentaba la validez de las normas; el principio opuesto proclamado por Hobbes —*auctoritas non veritas facit legem*— expresaba, con aparente paradoja, una instancia axiológica de *deber ser*, es decir de racionalidad y de justicia, que se

³ E. Severino, “Téchne-nomos: l’inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica” en varios autores, *Nuove frontiere, op. cit.*, pp. 15-24.

llegará a realizar con el positivismo jurídico gracias a la afirmación del monopolio estatal de la producción jurídica.⁴

Ese principio hobbesiano, que puede parecer un principio autoritario, equivale al principio de legalidad, como norma de reconocimiento del derecho existente y a la vez como primer e insustituible límite a la arbitrariedad, garantía de igualdad, de libertad y de certeza, fundamento en suma de toda posible garantía. Tal principio representa la base del Estado de derecho, es decir de un sistema político en el que todos los poderes están sujetos no ya a la subjetiva y arbitraria valoración de la justicia, sino a la ley y limitados por ella.

Por otro lado, el principio de legalidad, justamente por su carácter de norma de reconocimiento puramente formal, que identifica el derecho únicamente sobre la base de su forma de producción y no también por sus contenidos, presenta una irreductible ambivalencia: como condición ciertamente necesaria, pero a la vez ciertamente insuficiente para asegurar el papel garantista del derecho. Esta fórmula nos dice que el derecho no incorpora en cuanto tal la verdad o la justicia: que nada garantiza *a priori* que su forma sea llenada de contenidos justos ni que no sea peor que la naturaleza y no produzca más dolores de cuantos evite. Pero nos dice, sin embargo, que el derecho es no solamente un producto del poder, sino también su única fuente y forma de regulación. Nos dice además que todo el derecho es hecho por los hombres y es tal y como los hombres lo piensan, lo proyectan, lo producen, lo interpretan y lo aplican: por tanto depende de ellos, es decir de la legislación, de la ciencia jurídica y de la política, las cuales tienen la entera responsabilidad de estipular en forma legal y positiva esos principios de justicia que son los derechos fundamentales y la elaboración de las relativas garantías para su efectividad.

⁴ T. Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England* (1681) en *The english works*, edición de W. Molesworth (1839-1845), reimpresso por Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. VI, p. 5: "It is not wisdom, but authority that makes a law"; poco antes Hobbes recordaba la tesis de sir Edward Coke según la cual "nihil quod est contra rationem est licitum, es decir, no es ley lo que es contrario a la razón" y "el derecho común mismo no es más que la razón". La fórmula clásica referida en el texto está en T. Hobbes, *Leviathan, sive de materia, forma e potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, traducción latina en *Leviatano*, edición de Raffaella Santi, Milán, Bompiani, cap. XXVI, 21, p. 448: *Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas non veritas facit legem.*

Por lo demás, no por casualidad los llamados “derechos naturales”, primero teorizados y luego formulados en las primeras Declaraciones de derechos y en las primeras cartas constitucionales, nacieron simultáneamente al positivismo jurídico, como cláusulas del contrato social en el que tienen su origen el Estado y el derecho positivo. Su verdadero inventor fue justamente Thomas Hobbes, que teorizó la garantía del derecho a la vida —como derecho igual e indisponible, modelo paradigmático de todos los futuros derechos fundamentales, estructuralmente distintos del derecho de propiedad y de los demás derechos patrimoniales por su naturaleza desigual y disponible— como razón de ser del contrato social y de ese “gran Leviathan”, como escribió, “que llaman Estado, que no es más que un hombre artificial, aunque de mayor estatura y fuerza que el hombre natural, para la protección y defensa del cual fue concebido”.⁵ En este sentido, la idea hobbesiana del contrato social está en el origen de la moderna democracia constitucional: no solo en el sentido de que la legitimidad del poder no emana de arriba, de Dios o de la naturaleza, sino de abajo, es decir del consenso de los contratantes, sino también en el sentido de que ese contrato no es un acuerdo vacío, sino un pacto de convivencia cuyas cláusulas son justamente los derechos fundamentales: antes que nada, en el esquema hobbesiano, el derecho a la vida que justifica incluso la fuga en la batalla o la evasión de la cárcel: luego, en el modelo lockeano, los derechos de libertad y los derechos civiles de propiedad; más adelante, en la experiencia constitucional que comienza con la Declaración de 1789 y sigue en las constituciones rígidas de nuestra posguerra, los derechos políticos, los derechos de los trabajadores y los derechos sociales, todos los cuales, junto con el derecho a la vida y a la integridad personal, pueden muy bien concebirse, sobre la base de la propuesta de Natoli, como otras tantas negaciones del sufrimiento y del dolor.

Agrego que no solamente en el plano axiológico, propio de la filosofía política, sino también en el fenomenológico, de la historia y de la sociología jurídica, podemos identificar en el sufrimiento y en el dolor el fundamento y el origen de los derechos humanos. Ninguno de estos derechos ha caído nunca desde arriba, como graciosa conce-

⁵ *Leviatano, op. cit.*, introducción, I, p. 15.

sión. Ninguno de ellos ha sido nunca el producto de simples teorizaciones de escritorio. Todos —desde la libertad de conciencia hasta la libertad personal, desde los derechos sociales hasta los derechos de los trabajadores— han sido el fruto de luchas y revoluciones alimentadas por el dolor, es decir por opresiones, discriminaciones y privaciones precedentemente concebidas como “normales” o “naturales”, que en un cierto punto se vuelven intolerables. Todos se han impuesto como leyes del más débil contra la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia. Todavía más. Este papel de “leyes del más débil” vale, en el plano axiológico, para todo el derecho, que está siempre en contra de la realidad o, si se quiere, de la naturaleza, es decir contra lo que acontecería en su ausencia: que no sería la sociedad pacificada que imaginaron muchos utópicos abolicionistas, sino la sociedad salvaje, fundada precisamente en la ley sin frenos del más fuerte. Fue precisamente esta hipótesis, por así decirlo, el experimento mental propuesto por Hobbes, que entonces configuró el Estado y el derecho positivo como convenciones, es decir, como productos artificiales de la razón, dirigidos a poner fin al estado de guerra propio de la sociedad de la naturaleza y a garantizar a todos y cada uno contra la violencia del más fuerte.

Pero ese experimento —no mental sino trágicamente real— ha sido realizado en este siglo por la humanidad, con la catástrofe de los totalitarismos y de las guerras mundiales. Descubrimos entonces que ni siquiera la mayoría, que consintió la toma del poder por el fascismo y el nazismo, ni siquiera el consenso de masas utilizado por los regímenes totalitarios, garantizan la calidad de los poderes públicos; que también la regla de la mayoría, sino está sometida a una ley superior, puede siempre degenerar, convertirse en la ley del más fuerte y legitimar guerras, destrucciones, violaciones de la vida y de la dignidad de las personas y supresiones de las minorías. Es sobre la base de estas terribles experiencias —los “sufrimientos indecibles de la humanidad” (una vez más, el dolor) que, como dice el preámbulo de la Carta de la ONU, han sido inflingidos a la humanidad por el “flagelo de la guerra” y por las violaciones de los derechos humanos— que al día siguiente de la Segunda Guerra Mundial fue refundado el constitucionalismo a través de su expansión hacia el derecho internacional y por medio de la rigidez impresa a las constituciones estatales. De esta manera se ha

puesto fin tanto a la soberanía externa como a la soberanía interna: es decir una segunda revolución, una segunda mutación de paradigma del derecho, no menos importante que el producido con el nacimiento del Estado moderno y del positivismo jurídico.

Gracias al constitucionalismo rígido, de hecho, la mayoría, y por tanto la democracia política, dejan de ser soberanas y omnipotentes y encuentran límites y vínculos de derecho positivo en la forma rígida con que todos los derechos fundamentales —de los derechos de libertad a los derechos sociales— son estipulados y puestos a resguardo de su arbitrio. Pero se trata de una mutación que se produce al interior del paradigma iuspositivista, no ya como su debilitamiento sino como su complemento: ya que equivale a la sujeción a la ley, es decir a la constitución que no es menos ley positiva que las leyes ordinarias, no solo de la forma sino también del contenido de las leyes mismas, y por ello a la positivación no solamente de su ser sino también de su deber ser, no solo de sus condiciones de existencia y validez formales sino también de sus condiciones de validez sustanciales, es decir de las opciones decididas por el legislador constituyente que el legislador ordinario está obligado a respetar.

La crisis actual del paradigma constitucional

Hoy en día también el paradigma del Estado constitucional de derecho que nos fue heredado por la tradición occidental ha entrado en crisis. Han cambiado las coordenadas estatales que conforman su presupuesto. Se ha reducido la soberanía externa de los Estados nacionales, tanto en el plano jurídico por su sujeción a la Carta de la ONU y a las grandes convenciones internacionales de derechos humanos, como en el plano de los hechos por su generalizado carácter de “soberanía limitada”, primero por las dos grandes potencias y hoy por la super potencia americana. Pero sobre todo se ha reducido, en todos los ordenamientos, el monopolio estatal de la producción jurídica, y en consecuencia se ha resquebrajado la unidad del sistema de las fuentes, sustituida actualmente por una pluralidad de fuentes, ya no solamente nacionales sino supra-nacionales.

Bajo este aspecto podemos hablar, a propósito del pluralismo de los ordenamientos, por su no clara coordinación y por la incerteza

generada por la sobreposición de las fuentes, de una regresión al derecho pre-moderno. Sin embargo esta transformación del derecho y de la esfera pública, esta des-territorialización y des-nacionalización, no necesariamente comporta, como muchos lo sostienen, una crisis regresiva o peor aún una disolución. Por el contrario, bien podrían ser el preludio de una efectiva universalización. Derribando un argumento comúnmente opuesto a esta perspectiva, puede de hecho afirmarse que es el fruto de una indebida *domestic analogy*⁶ la idea de que el único constitucionalismo posible sea el estatal. No hay ningún nexo necesario entre esfera pública y Estado, entre constitución y base social nacional. Esto lo prueba el hecho de que, con todos los límites inevitables ligados a su complejidad, está avanzando el proceso constituyente en Europa y no está lejana la perspectiva de la realización, a través de las oportunas reformas institucionales y sobre todo de la aprobación de una Constitución digna de este nombre, de una esfera pública europea.

Lo que es cierto es que en ausencia de una esfera pública internacional que esté a la altura de los nuevos poderes extra y supra-estatales, de nuevo el dolor —las guerras, la pobreza endémica, los millones de muertos cada año por la falta de alimentación básica y de fármacos esenciales— ha vuelto a ser el signo dramático del vacío de derecho y de su papel garantista. Ciertamente, luego de la ruptura de la legalidad internacional producida por las recientes guerras globales, las perspectivas sobre el futuro del derecho internacional no son muy estimulantes. Sin embargo la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las demás convenciones y cartas de derechos que abundan en el derecho internacional diseñan ya hoy los lineamientos de una esfera pública planetaria. El hecho de que estas cartas y los derechos y principios en ella establecidos sean manifiestamente inefectivos por falta de garantías idóneas no significa que no sean vinculantes, sino solo que en el ordenamiento internacio-

⁶ Veáanse, para la refutación de la hipótesis de un constitucionalismo global con el argumento de la *domestic analogy*, H. Bull, *The anarchical society*, Macmillan, Londres, 1977, pp. 46-51; H. Sugarami, *The domestic analogy and the world order proposals*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989; D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milán, 1995, capítulo IV, en particular pp. 128-132; id., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 71.

nal existen vistosas lagunas —lagunas, justamente, de garantías— es decir incumplimientos que es tarea de la cultura jurídica denunciar y obligación de la política reparar. Significa, en concreto, si tomamos en serio el derecho internacional, que existe el deber, incluso antes que el poder, de promover un funcionamiento serio de la Corte Penal Internacional sobre los crímenes contra la humanidad; de orientar las políticas de las instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, a la ayuda y al desarrollo económico de los países pobres en vez de al estrangulamiento, con el pretendido pago de la deuda externa y de sus intereses usureros, de sus economías y de sus sistemas de bienestar estatales; en fin, de identificar y sancionar, como lo establece el artículo 5 inciso *d*) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, todas las guerras de agresión como crímenes internacionales.

Este es el desafío que la crisis actual de los Estados nacionales y de su soberanía lanzan hoy al derecho y a la política. Es un desafío que genera una específica responsabilidad civil e intelectual para la cultura jurídica y política, que no puede seguir en la resignada y desencantada contemplación de lo existente, como si el derecho y la política fueran fenómenos naturales y no, por el contrario, obra de los hombres y antes que nada de las grandes potencias. Siempre, por lo demás, la cultura jurídica ha concurrido a proyectar y a edificar el derecho y las instituciones, incluso cuando se ha presentado como saber técnico y científico y ha intentado ocultar, naturalizando su objeto de estudio, su dimensión pragmática y política. Hoy el papel crítico y proyectual de la ciencia jurídica es todavía más ineludible que en el pasado, ya que está escrito en ese embrión de constitución del mundo formado por las cartas internacionales sobre la paz y los derechos humanos. Está en juego el futuro de miles de millones de seres humanos, e incluso la credibilidad y supervivencia misma, contra el surgimiento de nuevas guerras, violencias y terrorismos, de nuestras ricas pero frágiles democracias.