

## La ley y la pena ciega: paradojas de la dominación

Fernando Longás Uranga<sup>1</sup>

**Resumen:** A partir de una breve presentación fenomenológica del mal, el autor llama nuestra atención sobre la enorme distancia que se ha establecido en nuestros días entre la pena, entendida como uno de los móviles por los que los hombres hacen el mal a otros, y la legitimación del uso de este mal en razón de un supuesto bien. Este desgarramiento entre medios y fines es analizado a la luz de la doctrina del positivismo jurídico entendida como el soporte ideológico sobre el que se erigen las formas de poder que, emancipadas de la necesidad de una justificación racional, ejercen su dominación bajo una ciega y cruel representación del orden, el nuevo orden mundial, como única alternativa de estabilidad y paz.

**Palabras claves:** pena, ley, mal, positivismo jurídico, orden.

**Abstract:** Taking a brief phenomenology presentation of evil as a starting point, the author draws our attention to the huge distance currently established between pain, understood as the motive for the evil, and the legitimization of the use of that evil because of a supposed good. This breach between means and ends is analyzed in the light of the doctrine of the legal positivism understood as the ideological support on which the forms of power are built, forms that emancipated from the need of a rational justification exercise their domination under a blind and cruel representation of the order, the new world order, as the only alternative of stability and peace.

**Keywords:** pain, law, evil, legal positivism, order.

### I.

Desde que, de la mano del pensamiento crítico moderno, hemos despertado a la certeza de que el hombre no es más (ni menos) que lo que hace, la realidad de las acciones humanas, aquello que constituye su consistencia de ser, ha devenido en el problema fundamental de toda la filosofía. Desde que ya no es posible apoyarnos en una representación universal de nuestra especie, la historia, en su recital de lecturas diversas de los acontecimientos, se ha convertido en el único horizonte posible para construir algún relato con sentido de la fugaz existencia que protagonizamos. Por tanto, no es de extrañar que, en esta escena, haya nacido la novela moderna y el verdadero concepto de aventura, se haya desarrollado el comercio, la industria y la democracia, hayan entrado en crisis las nociones clásicas del poder y haya despertado el espíritu revolucionario, las guerras de independencia, los gritos de libertad e igualdad y, de un modo invisible pero poderoso, se haya expandido entre los hombres la posibilidad de hacer el mal, el infinito mal, sin otro impedi-

---

<sup>1</sup> Universidad de Valladolid.

mento que el propio actuar del hombre. Es cierto que si atendemos con cuidado a las acciones humanas, no dejará de producirnos admiración el que éstas, en ciertas ocasiones, parezcan movidas por lo que Kant, inspirado quizás por igual admiración, llamó una buena voluntad. El viejo filósofo de Königsberg, para quien la acción y la libertad fueron, ya en su período crítico, el centro de sus reflexiones, nos hizo reparar en que, en determinadas ocasiones (y hubiera sido deseable que éstas no fueran tan determinadas y escasas) los hombres actuamos teniendo como exclusivo motivo determinante el deber que impone el pensamiento de pertenecer al universo de la humanidad (o al deseo puramente racional de que llegue a existir, alguna vez en la historia, dicho universo). Sin embargo, no resulta menos conmovedor, a la par que aterrador, reparar en la certeza de que quienes componemos el universo de los seres humanos, sin excepción alguna, en repetidas ocasiones, realizamos acciones cuyo objetivo no es otro que el de ocasionar el mal a otro.

El mal sobre el que aquí deseo llamar la atención del lector no es aquel que asola al mundo desde fuerzas recónditas, el mal en su sentido metafísico y del cual se ocupó, a mi entender con demasiado desvelo, algunos filósofos de la primera modernidad en aquella disciplina que denominaron teodicea. Por mal entenderé aquí, desde una perspectiva que aspira a ser fenomenológica, acciones que realizamos los hombres, todos los hombres, y que tienen al menos tres elementos constitutivos: primero, son acciones destinadas a causar dolor en el otro, segundo, son acciones que han elegido libremente ese objetivo, es decir, el agente estaba en la posibilidad de haber tomado otro curso de acción o podría haberse abstenido de actuar y, sin embargo, escoge ese curso de acciones, y, tercero, la acción realizada para causar dolor en la víctima ha sido planeada y calculada racionalmente por el agente, es decir, ha hecho lo más difícil, se ha puesto en el lugar de la víctima para luego decidir libremente realizar esa acción con la mayor eficacia. Los motivos por los cuales todos los miembros de esta especie racional humana realizamos acciones con estas tres características, es decir, le hacemos el mal a los otros, son misteriosos, diversos y difíciles de ordenar, y van desde el placer a la venganza, desde lo fatuo a incontenibles anhelos de justicia, desde la simple mezquindad a la justificación de una supuesta “guerra justa”. En esta reflexión deseo que reparemos sólo en uno de estos móviles del mal, a saber, en aquel que está contenido en la pena y el castigo, que es uno de los móviles del mal que en general aceptamos con una cuota importante, y no menos preocupante, de espontaneidad<sup>2</sup>. Es lo que podríamos describir como el mal que realizamos en razón de bien.

Un viejo adagio señala que donde hay sociedad hay derecho. Creo que no erraremos si, siguiendo la dirección que indican dichas palabras, afirmamos que donde hay derecho hay también pena. Es decir, si hay sociedad hay derecho, y si hay derecho hay coacción, pena y castigo. No existe sociedad que no contemple en su estructura jurídica un derecho penal en el que queden consignados los castigos que han de recibir aquellos que infringen la ley. Pero la mirada que podemos dar a esta forma bajo la cual se manifiesta el poder y sus posibilidades de ejercer dominio

---

<sup>2</sup> He realizado una exposición más detenida y completa de los elementos constitutivos del mal y de sus móviles en *El mal inevitable* (Longás, 2011).

en nuestras sociedades es aún más amplia. Junto al derecho, todas las sociedades cuentan con ciertas formas de comunicación y traspaso de una generación a otra de sus valores, costumbres y hábitos, es decir, cuentan con un sistema de educación cuya importancia política y su relación con la producción misma del derecho resultan innegable. Y, aunque se han hecho esfuerzos, resulta también innegable que la pena, el castigo, es inseparable de cualquier proceso educativo. Se podrá reconocer, quizás, que se ha matizado mucho sobre este aspecto, o sencillamente se han refinado los procedimientos, pero es difícil imaginar un sistema de educación que no contemple en alguna medida el castigo o, a lo menos, la inoculación en el pupilo del temor a él, quizás un procedimiento aún más efectivo que la aplicación del castigo mismo. Así, política y educación, tomando ambos conceptos en su sentido más amplio, son tan esenciales a la constitución de la vida social, como la pena y el castigo lo son a la política y a la educación.

Cualquiera sea el bien que nos hayamos representado como justificación para castigar a alguien o hacer que se cumpla sobre él la pena prescrita, ordenar, educar, formar, concienciar, corregir, disciplinar, debemos reconocer que nos encontramos ante un constitutivo esencial de la vida social. Cabe destacar aquí que en la producción y ejecución de la pena se realizan, quizás más plenamente que en los otros móviles del mal, los tres elementos que, como señalamos recién, lo constituyen, al menos desde esta perspectiva fenomenológica. La elaboración de las penas y castigos son producto de una razonada y medida producción de estrategias para causar dolor, y que se aplican conforme a una interpretación del significado de ciertas conductas bajo el supuesto de un ejercicio pleno de la libertad, tanto del que actúa como juez o educador, como de aquel que se constituye en acusado y víctima. De igual forma es posible observar que en la pena el carácter irreversible de la acción adquiere una mayor visibilidad toda vez que ella emerge sobre la base de la *imputación* de una acción a un sujeto. Que una acción sea imputable significa que ésta tiene su origen, su comienzo, en un sujeto y, además, que ese comienzo es tan imborrable que el imputado adquiere una deuda que sólo podrá saldarse con el cumplimiento de la pena. La pregunta que se impone y que ninguna sociedad ha logrado responder plenamente es ¿qué pena —o cuánta pena— es la que en cada caso salda la deuda? La dificultad de tal pregunta quizás estribe también en que no hemos logrado dilucidar la naturaleza misma de esa deuda.

Aceptar lo recién expuesto implica necesariamente aceptar dos supuestos que están en íntima relación con el problema que aquí nos ocupa. El primero se refiere a la contingencia de la naturaleza humana. Si aceptamos que no es posible la instauración de un orden de derecho sin la instauración de la pena (y la institución poseedora de la fuerza para ejercer la pena) y que tampoco es posible educar, formar o instruir a un individuo sin la instauración, a lo menos, del temor al castigo, parece que es necesario reconocer una suerte de imperfección, o quizás de conflicto originario, instalado en la misma naturaleza del hombre. Quizás ésta sea una ocasión para volver a evocar a Kant pues estamos frente a algo así como lo que él denominó una natural propensión al mal inscrita en el arbitrio humano, cuestión que lo llevó a afirmar que «el hombre es naturalmente malo». En efecto, si es la libertad la única causalidad por la que un individuo, por su propia decisión, busca

hacer coincidir sus máximas con el deber que la ley moral ordena, debe aceptarse también que la adecuación de su acción a la ley es contingente y, por tanto, ese individuo es plenamente capaz de transgredir la ley, a la vez que es consciente de que posee tal poder. Escuchemos al propio Kant admitir este punto ciego de su filosofía moral, él lo llamará algo inconcebible para la razón, lo que no es poco conceder viniendo de Kant: «Toda acción mala, si se busca su origen racional, tiene que ser considerada como si el hombre hubiese incurrido en ella inmediatamente a partir del estado de inocencia. Pues cualquiera que haya sido su comportamiento anterior, y de cualquier índole que hayan sido las causas naturales que hayan influido sobre él, lo mismo si se encuentran dentro que fuera de él, de todos modos su acción es libre y no está determinada por ninguna de estas causas, por lo tanto puede siempre ser juzgada, y tiene que serlo, como un uso *original* de su albedrío» (Kant, 2001). Así, desde Kant, podemos afirmar que la contingencia es aquella dimensión de la naturaleza humana en que descansa la libertad y ésta, a su vez, es la condición de aquello que Kant llamó el *mal radical*.<sup>3</sup>

El segundo supuesto, que además nos sitúa de lleno en el tema de las figuras de la dominación que aquí nos convoca, dice relación con la necesidad de aceptar las jerarquías sociales. Si, como hemos afirmado, no hay sociedad sin pena, es imprescindible que renunciemos absolutamente, y lo digo no sin pesar, a la más seductora de las utopías que ha incubado el anhelo de emancipación humana: el anarquismo. Nunca será posible la anarquía porque nunca será posible un ordenamiento social sin jerarquías, es decir, sin estamentos que asuman el deber (o el privilegio) de instaurar el orden y la educación y de impartir las penas necesarias para la consolidación de esta tarea. No hay pena sin la institución de funcionarios que, alcanzando la jerarquía de jueces, profesores, padres, académicos, ministros, reyes, en fin, dominadores, enjuicien y dicten sentencias para que, los organismos instituidos para ese oficio, impartan las penas necesarias, es decir, utilicen el mal, para acabar, corregir o mitigar ese otro mal inscrito de modo inevitable en la vida social. En otras palabras, ellos utilizan el mal en razón de bien porque resulta inevitable, es lo que podríamos describir como un “mecanismo necesario”.

El problema, por tanto, que aquí cabe pensar, no consiste en preguntarse si existe un mal, la pena, que se utiliza en razón de bien. Creo que, bajo la forma en que aquí ha sido planteado, esto parece ser evidente. La pregunta que cabe hacer aquí es si acaso existe un modo óptimo bajo el cual el uso del mal se legitima absolutamente para lograr así invertir su valor. Dicho en términos más weberianos, la pregunta es si acaso existe una forma de concebir y fundamentar los fines que se persiguen, de tal modo que ellos terminen por santificar los medios por los cuales estos buscan ser alcanzados.

Planteado el problema de esta manera, creo pertinente afirmar que nuestra época podría caracterizarse como aquella en la que una gran parte de la humanidad ha caído en la cuenta, con el consecuente desencanto, de que no es posible tal modo óptimo de legitimar el uso del mal. Quizás tenemos ante nuestros ojos un modo

---

<sup>3</sup> Un excelente análisis crítico y detallado sobre la doctrina de Kant acerca del mal puede leerse en *El mal radical. Una indagación filosófica*. (Bernstein, 2002).

de describir un aspecto fundamental de lo que hoy se denomina la postmodernidad, con todos sus adjetivaciones de época del pensamiento débil, del relativismo, de la deconstrucción, y de la tediosa relación de la democracia con el pluralismo y con el consenso con sus variantes deliberativas y participativas que, en el último tiempo, parecen ser más preocupaciones de una escolástica académica que una verdadera saeta de reclamación clavada en el corazón de la sociedad civil.

Lo terrible de esta situación, lo que verdaderamente produce el horror, es el hecho de que el mal sigue operando como un “mecanismo necesario”, sin importar cuán débil haya llegado a convertirse su legitimación. Asistimos a una dramática desproporción entre la ausencia de formas de legitimación del uso del mal y la eficacia de su aplicación, con la consecuente cantidad de dolor que su uso sigue siendo capaz de producir. Creo que una ilustración notable de esta perspectiva la podemos encontrar en la película de Hector Babenco, *Carandiru*. Las cárceles han devenido en nuestros días en el paradigma del vacío carácter instrumental que puede alcanzar el mal aplicado sin legitimación, algo así como la gran metáfora de lo que podríamos denominar la *pena ciega*.

No es ésta la ocasión para intentar rastrear el origen de este proceso de deslegitimación del uso del mal en razón de bien, aunque sería una tarea muy pertinente y de gran importancia para intentar desmontar el absurdo en que se ve sumida una gran dimensión de nuestra actual vida cívica. Algo distante de este objetivo, cuya consecución nos llevaría mucho más tiempo del que aquí disponemos, he optado por hacer un par de alcances al positivismo jurídico considerado como ideología<sup>4</sup>, bajo el supuesto de que esta doctrina jurídica impera en las formas bajo las cuales hoy se aplica la pena constituyéndose en un dispositivo de dominación determinante de nuestra organización social.

## II.

El positivismo jurídico es conocido por muchos como la filosofía de los juristas toda vez que se ha constituido como una corriente de ideas que ha dominado durante el último siglo la cultura jurídica y, más aún, el procedimiento jurídico, en una extensión amplia del mundo occidental. Sin pretender ser exhaustivo, es posible sostener que esta corriente de ideas reposa sobre dos principios básicos. A partir de la distinción elemental entre juicios de hecho y juicios de valor, el positivismo jurídico se ha esforzado por diferenciar el estudio del derecho como un hecho del estudio del mismo como ideal, es decir, como lo que debería ser. A partir de esa distinción, se separa radicalmente la indagación sobre qué es la justicia del estudio de la legalidad, declarando, como claramente lo expone Kelsen, que la primera cuestión reclama fundamentos absolutos, el encuentro con un valor de carácter universal (o universalizable), problema que no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La cuestión de la justicia es, para Kelsen y los iuspositivis-

---

<sup>4</sup> Uso aquí la distinción establecida por Norberto Bobbio entre las diversas lecturas que es posible hacer del positivismo jurídico, a saber, como método, como teoría y como ideología, aunque sin compartir con el autor el fondo de sus argumentos en favor del iuspositivismo (Bobbio, 1993).

tas, fundamentalmente una cuestión de conflicto de intereses, «cuando no hay conflicto de intereses no hay tampoco necesidad de justicia» (Kelsen, 1997). Siendo esto así, el positivismo debe declarar como primer principio *el deber absoluto o incondicionado de obedecer a la ley en cuanto tal*, es decir, sólo en cuanto es ley y no en cuanto la ley expresa o no un valor de justicia.

A este respecto, me atrevo a afirmar que este primer principio es expresión de un estado de cosas característico de nuestro tiempo. Con la formación del Estado moderno, la ley no sólo se convirtió en la única fuente del derecho, sino que el derecho de origen estatal pasó a ser el único sistema normativo, la única fuente de la que debía emanar el guión que cada sujeto representa en el breve drama de su existencia como individuo social. Si consideramos que la valoración de un comportamiento deriva de una norma, se puede concluir que el derecho estatal se convierte, al interior del positivismo jurídico, en el criterio único y exclusivo para la valoración del comportamiento social de los hombres. ¿Cómo podría someterse a crítica el mandato de la ley si el hombre no posee otro criterio, otra fuente de ordenamiento, desde la cual sostener dicha crítica? ¿Cómo se puede siquiera dudar del ordenamiento producido por el derecho estatal si la razón misma, como instrumento de crítica, está bajo sospecha de ser cómplice de intereses, emociones y pasiones, y de ella, por tanto, no hay legitimidad alguna que pueda surgir? Conviene observar en este momento que este retiro de confianza a la razón como generadora de criterios universalizables de justicia subraya, de cierta manera, el carácter irreversible de la acción toda vez que ésta queda expuesta al imperio de una sola lectura, a saber, la que hace un determinado sistema normativo desde el atalaya de la legalidad, es decir, desde un atalaya que no tiene contestación posible.

De este primer principio del positivismo jurídico deviene necesariamente el segundo. Porque si bien es cierto que esta filosofía de los juristas escinde el estudio de la legalidad de la pregunta por la legitimidad, no es posible sostener el deber absoluto de obedecer a la ley en cuanto tal si ese deber no expresa, aunque sea formal y abstractamente, un valor que lo sostenga, lo legitime como tal. Aquí es donde aparece, a mi juicio, la dimensión ideológica del positivismo jurídico. Éste va a sostener que el derecho efectivamente, independiente de su contenido, posee un valor en cuanto tal, en cuanto derecho. No se trata de que el derecho posea un valor por el mero hecho de ser justo de por sí, de ser válido, sino porque *es un medio necesario* (recordemos aquí nuestra expresión de “mecanismo necesario”) *para realizar un determinado valor*. Pero, ¿de qué valor estamos hablando si hemos renunciado a toda posibilidad de determinar algo justo como legitimante del derecho? El valor del que se trata aquí, es decir, el valor del derecho en cuanto derecho, no puede ser otro que el *orden*. La ley es la forma más perfecta de derecho, aquella que mejor realiza el valor del *orden*, pero no en una relación extrínseca con el derecho, sino más bien el *orden* es considerado como el valor propio e inmanente del derecho. Éste presupone necesariamente un sistema normativo y el *orden* consiste en la realización de ese sistema que consigue adecuar los comportamientos a las prescripciones emanadas de esas normas. Aunque general y abstracto, como decíamos recién, aquí tenemos un valor legitimante por el que se opta en contra de lo que podría-

mos llamar la anarquía. Lo anterior podría resumirse en la expresión: *mejor un orden que ninguno*.

Este planteamiento nos conduce nuevamente hacia nuestro interés en el mal que se realiza en razón de bien al ponernos de manifiesto, de un modo preciso, la importancia que la coacción y la pena tienen para la doctrina del positivismo jurídico. Al no existir otra instancia de obligación, al dejar a la razón aparcada del debate sobre una posible justicia de la ley, la coacción y la pena se transformarán en el medio (el “mecanismo necesario”) para lograr la conformidad de la conducta humana con el derecho, es decir, para alcanzar el *orden*. Este aparente juego de medio y fin permite a la ideología iuspositivista sostener, por una parte, que el derecho no es un bien en sí mismo, sino un medio, en palabras de Kelsen, una técnica de organización social, que sirve para realizar un determinado fin, el *orden* de la sociedad. Sin embargo, ya que la razón no puede decir mucho más sobre el *orden* y su relación con una idea de justicia, ese *orden* no consiste más que en la adecuación del comportamiento a las normas establecidas desde el Estado y, así, ese *orden* que dice ser medio, no es otra cosa que el fin que se persigue. En otras palabras, el fin, el *orden* de la sociedad, es sólo una máscara para ocultar la ejecución desnuda de los medios, esto es, la aplicación ciega de la pena.

### III.

Llegamos así al desenlace de esta reflexión que quisiera exponer en tres breves observaciones:

1<sup>a</sup>) observación. La distinción entre el hecho jurídico, el derecho como realidad, y lo que debería ser el derecho, el problema de la justicia, distinción que busca su consumación en la separación entre legalidad y legitimidad, es una engañosa distinción. Lo que hace el positivismo jurídico es invertir la relación entre legalidad y justicia presente en el derecho natural, es decir, mientras este último deduce la validez de una ley a partir de su justicia, el primero deduce la justicia de una ley a partir de su validez. Es cierto que en sus versiones más moderadas el positivismo jurídico se limita a declarar que el orden que establece la ley es la forma más perfecta del derecho porque establece sólo un marco general (de igualdad formal) y abstracto (de seguridad jurídica) de las normas que regulan el comportamiento humano. Sin embargo, no puede negar que afirmar aquello implica, al mismo tiempo, respetar y acatar la ley y que, en este sentido, justicia no significa sino legalidad. En otras palabras, una acción justa es una acción conforme a la ley, con lo cual, más que distinguir entre legalidad y legitimidad, para así salvar al individuo de sucumbir a las imposibles exigencias metafísicas que demanda el significado de la justicia, lo que el positivismo jurídico hace es subsumir la legitimidad en la legalidad, de lo que resulta que la idea de *orden* termina por devorarse toda aspiración a la justicia. La aplicación de la pena en este contexto, es decir, la necesaria utilización del mal en razón de bien, se traduce en la utilización del mal con el fin de garantizar el *orden* como tal. Pero siempre podemos, y quizás debemos, preguntar –al menos mientras nos lo

permitan los dispositivos de dominación instalados institucionalmente al amparo de la ley— ¿de qué orden se trata? ¿No guardará esto relación con aquello que escuchamos denominar como “el nuevo orden mundial”? No es necesario ir mucho más lejos para imaginar quiénes son los beneficiados con esta forma de concebir el derecho.

- 2<sup>a</sup>) observación. Lo dicho hasta aquí nos lleva a reconocer que el positivismo jurídico, al renunciar a toda pretensión de dar un significado universal al concepto de justicia, pero, a la vez, al reconocer que no puede prescindir de la realidad del derecho y de la aplicación de la pena, elemento sin el cual no es posible garantizar el orden, lo que hace es desnudar la realidad del mal. El mal existe, pero ahí donde precisamente se supone que éste debía devenir en un medio para alcanzar algo mejor y así legitimarse en los terrenos propios de la política y la educación, el mal se independiza de toda relación con un fin y transforma lo que debía ser un instrumento en el nuevo corazón de la vida social. Como consecuencia de esto, nos quedamos sin instrumentos, sin criterios posibles, para determinar cuándo una pena es justa y cuándo no lo es. Nos vemos así forzados a abandonar todo pensamiento sobre una posible relación entre la aplicación del derecho y la posibilidad de vivir en una sociedad más justa, lo que se traduce en la muerte de toda esperanza en un mundo mejor, desencanto y fuente de indignación característicos de nuestro tiempo poblado de vidas cada vez más homogéneas. Contra un eslogan que vemos impotentemente aparecer de vez en cuando, habría que afirmar claramente: «otro mundo no es posible».
- 3<sup>a</sup>) observación. Por último, recordemos que la presente reflexión buscaba fijar nuestra atención en aquel móvil del mal que aceptamos más espontáneamente, aquel que realizamos casi obligados porque es un “mecanismo necesario” para la conquista de un bien. Puesto en jaque la relación de legitimación entre medios y fines, el mal como desnudo mecanismo necesario para la articulación del orden social, sin más horizonte que la conservación del *orden*, hecho explícito en todas las políticas que responden a conceptos como “tolerancia cero”, “intervención humanitaria”, “limpieza étnica”, “proteccionismo”, a lo que hoy podríamos sumar “ajustes del mercado”, “control de la prima de riesgo”, “congelación de salarios” y casi prefiero no continuar, son políticas que dejan de manifiesto las paradojas de la dominación. Anhelamos, sin duda, la paz, pero si ésta no puede consistir más que en la conservación del *orden*, entonces la paz no es más que una máscara de la violencia institucionalizada. ¿Qué paz en verdad deseamos? ¿Aquella que se consigue combatiendo el mal con la pena ciega? ¿Puede haber paz si no existe la posibilidad de representarnos nuestras acciones y su relación con las actuales formas de dominación en un horizonte de justicia?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bernstein, R. (2005). *El mal radical. Una indagación filosófica*. Buenos Aires: Lilmod.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate
- Kant, I. (2001). *La religión dentro de los límites de la mera razón*. Madrid: Alianza Editorial.
- Kelsen, H. (1997). *¿Qué es la justicia?* México: Distribuciones Fontamara, S.A.
- Longás, F. (2011). El mal inevitable. *El mal en el cine*. Valladolid: Ediciones UEMC.