

## Sobre el monopolio legítimo de la violencia

Gloria María Gallego García\*

“Para liberarse del estado de naturaleza, los hombres debían elegir el Estado. Ahora tienen ambas cosas a la vez: el terror y la regla”<sup>1</sup>.

Un problema práctico fundamental al cual los hombres han tratado de dar solución por siglos es el de relacionarse en un espacio común fijando unas condiciones de convivencia que garanticen el estar los unos con los otros siendo como son *diversos*, ya que es un hecho cierto que profesan infinidad de concepciones del bien, creen en distintos dioses o en ninguno y sustentan opuestas ideas políticas, sus fines e intereses son múltiples, no todos ellos conmensurables y están en rivalidad; es la “existencia de la discordia”, de que hablara BERLIN<sup>2</sup>. Siempre que se juntan los hombres –sea privada, social o público-

---

Becaria del área de filosofía del derecho – Doctorado Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Universidad de Zaragoza. Este trabajo ha sido realizado gracias a la beca concedida por la Universidad de Zaragoza y el Banco Santander Central Hispano, entidades a las que expreso mi agradecimiento.

<sup>1</sup> Y. MICAHAUD, *Violencia y política*, Madrid, Ediciones Ruedo Ibérico, 1980, p. 145.

<sup>2</sup> I. BERLIN, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, 1ª. ed. (en Ensayo), Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 215.

políticamente– surge entre ellos un espacio que los reúne y los separa, y en este espacio es donde tienen lugar la organización y administración de sus asuntos y la controversia. La convivencia social y política requiere de un espacio público dentro del cual dar a los asuntos humanos una durabilidad que de otro modo no tendrían para fijar las condiciones por medio de las cuales satisfacer sus necesidades y perseguir los fines que sus deseos trazan. Entre esas necesidades y esos fines, la libertad es el más precioso, tanto así que es considerada “el fin de toda asociación humana”<sup>3</sup> porque es un fin último de los hombres y el fin último que justifica la existencia de la sociedad política. A una sociedad o a un estado se les juzga por la libertad que posibilitan y aseguran a cada individuo y por el grado de protección y respeto que le otorguen frente a los ataques de las instituciones o de los otros individuos, asegurándole con esa protección la máxima posibilidad de decisión y de actuación individual.

La coexistencia dentro de la sociedad política requiere de un orden social, que no tiene que ver con la equívoca noción de seguridad ciudadana, ni de estabilidad del poder constituido, sino con el proceso por el que las interacciones sociales son relativamente estables en el tiempo y adoptan una forma tal que las hace relativamente previsibles en virtud de la observancia de un sistema de reglas y de pautas de acción sustentados en valores y en una definición de la autoridad y el poder que establecen el marco de las relaciones entre los sujetos individuales o colectivos y entre éstos y el poder público. En ese proceso de construcción del orden social miden sus fuerzas las tendencias conservadoras y las tendencias al cambio, insuflando dinámica a la sociedad. La preocupación por crear un tal orden es empíricamente explicable por el hecho de que si la sociedad política ha de pervivir

<sup>3</sup> B. CONSTANT, *Escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 182. Vid. H. ARENDT, *¿Qué es la política?*, Barcelona, Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2001, pp. 61-62, quien insiste en que “el sentido de la política es la libertad”; J.S. MILL, *Sobre la libertad*, 1ª. ed. (en Área Temática), Madrid, Alianza Editorial, 1997; A. HELLER, *Una revisión de la teoría de las necesidades*, 1ª. ed., Barcelona, Paidós-I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1996, p. 107.

durante cierto tiempo, los individuos que dentro de ella interactúan necesitan vivir sin que pese sobre ellos permanentemente un sentimiento de amenaza o de probabilidad de muerte. Porque la constitución humana es frágil y fácil de destruir y porque la vida de relación social y política requiere de unas mínimas condiciones de confianza y respeto por el otro, para cualquier tipo de orden social son indispensables normas que prohíben la violencia. El espacio público-político aspira a ser uno en el que la violencia no sea una forma de relación entre los hombres, a fin de cumplir el cometido práctico de asegurar una convivencia pacífica necesaria para llevar a cabo satisfactoriamente tareas más complejas como la regulación de la vida social, la parcelación de las libertades, la prestación de servicios públicos, la redistribución del ingreso, entre otras.

La cuestión del orden social empieza a volverse problemática cuando se estima que para instaurarlo o conservarlo se hace necesario recurrir a la violencia, aunque sea como instrumento residual, para lograr la obediencia de determinados individuos, dado que el orden no es algo ineludible. De esta manera, la violencia —es decir: el uso de la fuerza física que amenaza o lesiona la vida humana o la integridad personal, que se aplica de forma finalista con la intención de dañar o destruir y para la consecución de determinados fines<sup>4</sup>— es considerada un

<sup>4</sup> He adoptado la definición restringida de violencia que predomina en la literatura politológica y ética; ello obedece a que con la extensión desmedida que se ha dado a la noción de violencia se llega a un punto en que todo es violencia (simbólica, psicológica, estructural) y cuando todo es violencia, sin exclusiones, ya nada lo es, puesto que se ha evaporado el posible término de comparación con respecto al cual se recalca la violencia y adquiere el carácter de un comportamiento identificable. No creo acertada la tendencia a incluir dentro de la violencia las relaciones de injusticia, explotación y degradación. Esas relaciones son reprobables como injusticia, explotación y degradación y el juicio de desvalor ético y político que se emita respecto de ellas no puede supeditarse a que queden abarcadas dentro de la noción de violencia. Véanse, M. STOPPINO, voz "violencia", en N. BOBBIO/N. MATTEUCCI (dirs.), *Diccionario de política*, T. 2, 2ª. ed., Madrid, Siglo XXI, 1982, pp. 1671, ss.; J. FERRATER MORA/P. COHN, *Ética aplicada. Del aborto a la violencia*, 2ª. ed. (4ª. reimp.), Madrid, Alianza Editorial, 1996, pp. 215, ss.; O. HÖFFE (ed.), *Diccionario de ética*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 294-295.

instrumento imprescindible para asegurar la convivencia pacífica y el acatamiento a las normas, deviniendo parte de lo político-institucional por cuanto se atribuye al estado el monopolio legal del poder, en el sentido de ser la autoridad que realiza el ajuste final de los conflictos entre individuos o grupos, si llega a ser necesario, mediante el empleo de la violencia<sup>5</sup>. Por consiguiente, al tiempo que el ordenamiento jurídico proscribiera el recurso a la violencia por parte de individuos particulares o grupos, declara permitido su empleo por parte del estado, el cual habría de tener sobre la violencia un monopolio legítimo, lo que implica la pretensión de considerársele justa y éticamente correcta. Aquí entra en escena la que considero una de las categorías políticas fundamentales de nuestro tiempo, el *monopolio legítimo de la violencia* como uno de los atributos básicos del estado moderno, categoría tremenda porque autoriza irrogar deliberadamente daño físico y sufrimiento a hombres concretos de carne y hueso; paradójica porque, al tiempo que condena la violencia ejercida por individuos y grupos particulares, redime la violencia ejercida por el estado por la bondad del fin buscado, marcando con fuego la oposición irreconciliable que su uso desata entre individuo y colectividad, libertad y orden. Dicho monopolio pone en evidencia que el orden político no se define por la exclusión de la violencia, sino, a lo sumo, por su capacidad para limitarla o resistir a ella.

Me propongo ofrecer algunos puntos de vista éticos y políticos acerca del problema de la violencia ejercida por el estado, problema que entiendo es de importancia fundamental ya que ese arsenal de la violencia amparado por la legalidad y los privilegios del poder público (v. gr., aparatos profesionales equipados con instrumentos diseñados para producir la muerte física de seres humanos como son el ejército y la policía; un aparato punitivo diseñado para administrar formal y legalmente el dolor en forma de pena de muerte, mutilaciones y/o encerramiento carcelario) hace del estado un temible aparato para los

<sup>5</sup> Sobre el problema del orden social visto desde una perspectiva sociológica, R.E. DOWSE/J.A. HUGHES, *Sociología política*, 4ª. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1982, cap. 2, esp.

individuos por su inmensa capacidad de provocar sufrimiento, destrucción y por ser una amenaza estable para la vida, la libertad y la paz, por lo cual define, en gran medida, el destino de los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Argumentaré desde un punto de vista determinado –uno de signo liberal– que tiene rasgos sustantivos, pues incorpora ciertas preferencias últimas fundamentales, como lo son la opción por la primacía del individuo y los principios de autonomía personal, de dignidad humana e inviolabilidad de la persona. Hago esta advertencia porque muchos disensos sobre el uso de la violencia hunden sus raíces en el hecho de que quienes toman parte en la discusión adoptan puntos de vista inspirados en concepciones diferentes; es obvio que las opiniones evaluativas serán distintas si se toman según una concepción liberal del hombre y de la sociedad o según otro tipo de concepción no liberal, sea teocrática, autoritaria o totalitaria.

### 1. Hobbes y el cometido estatal de conjurar el estado de guerra

La violencia como prerrogativa del estado comenzó a ser objeto de análisis hacia finales del siglo XVI y comienzos del XVII, época en que se inicia la moderna filosofía política, sobre la base de narrar el surgimiento del estado como obra de una fuerza humana creadora a través de un pacto entre hombres libres e iguales para la realización de unos determinados fines prácticos entre los que se cuenta frenar la belicoidad social<sup>6</sup>. HOBBS, que vivió en ese período, creó uno de los

<sup>6</sup> Este es un viraje de modernidad en cuanto que se desvincula al estado de alguna autoridad moral, ya sea un texto sagrado o una institución previa comunitaria, de un orden fijo de los valores morales o de alguna concepción particular de la vida buena; en su lugar está el consentimiento que es el fundamento de la autoridad política legítima, el cual es prestado por los hombres en razón de los beneficios que derivarían del establecimiento de dicha autoridad, alejándose de dos tradiciones de pensamiento que hasta entonces dominaban, cuales son el aristotelismo, que concebía al hombre como un ser que por naturaleza está vinculado a la comunidad política, y el cristianismo, que concebía a dicha comunidad como obra de dios. Véanse, F. CORTÉS RODAS, "La filosofía política del liberalismo. Hobbes, Locke y Rawls", en *Estudios Políticos*, núm. 10, Medellín, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, 1997, pp. 61, ss.

relatos acerca del origen del estado sobre la base del sucederse de la guerra, práctica cotidiana que se despliega en todas las dimensiones, entre seres individuales o entre grupos. Disuadirles de la violencia, privarles del acceso a los recursos militares va a ser uno de los cometidos esenciales atribuidos al estado, cuya constitución va a asimilarse al hecho de que surja una organización política que centralice de manera monopolista el poder y, con él, el uso de la violencia<sup>7</sup>. HOBBS manifiesta que "el estado de naturaleza es un estado de guerra"<sup>8</sup> en el cual "cada hombre es un enemigo para los demás"<sup>9</sup>. Dicho estado de guerra es consecuencia del presupuesto antropológico del que parte para afirmar una disposición violenta del hombre: existe "como inclinación general de la humanidad entera un perpetuo e incesante afán de poder que cesa solamente con la muerte", y la pugna surgida de ese afán hace a los hombres propensos a la enemistad y a la guerra<sup>10</sup>. Mientras no haya un poder común que los atemorice, los hombres se encuentran en permanente estado de guerra, de todos contra todos, "Porque la guerra no consiste solamente en batallar, en el acto de luchar, sino que se da durante el lapso de tiempo en que la voluntad de luchar se manifiesta de modo suficiente"<sup>11</sup>. La situación a que alude no es necesariamente un efectivo combate a muerte; también puede ser un estado de guerra, esto es, una disposición belicosa que amenaza permanentemente con represalias al otro<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Sobre el pensamiento de HOBBS, B. HINDESS, "<<Ese dios mortal>>: Hobbes sobre el poder y el soberano", en *Disertaciones sobre el poder. De Hobbes a Foucault*, Madrid, Talasa, 1997, pp. 31-51; F. TÖNNIES, *Hobbes: vida y doctrina*, Madrid, 1988; J.W.N. WATKINS: *Qué ha dicho verdaderamente Hobbes*, Madrid, Doncel, 1972.

<sup>8</sup> TH. HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, 5ª. ed. (reimp.), Madrid, Tecnos, 2001, p. 4.

<sup>9</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, p. 139.

<sup>10</sup> Cf. HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, pp. 115-116.

<sup>11</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, p. 125.

<sup>12</sup> Según explica FOUCAULT, se trataría de "una especie de diplomacia infinita entre rivalidades que están por naturaleza en el mismo nivel. No nos

Para que los hombres puedan ponerse a salvo del “continuo latrocinio y muerte del uno por el otro”<sup>13</sup> será necesario que levanten el consorcio de la sociedad civil, pues fuera de ella cada uno no tiene más que las propias fuerzas para protegerse: “La primera y mayor ventaja que se obtiene de la sociedad civil es la paz y la defensa que protegen por igual a todos los miembros del Estado: los grandes y los pequeños, aquellos que mandan y aquellos que obedecen, para defender su vida, están bajo la protección de sus conciudadanos...”<sup>14</sup>. He aquí, según Hobbes, la causa última por la cual los hombres conformaron los estados: “el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete...”<sup>15</sup>. La conformación del estado fue llevada a cabo a través de un contrato social original, entre sujetos libres e iguales, que pactaron erigir un poder común, superior al de cualquiera de ellos, al que transfirieron voluntariamente sus derechos para que los representara en aras de la preservación de la paz y la seguridad siguiendo la ley fundamental de naturaleza mediante la cual se ordena a los hombres que tiendan hacia la paz<sup>16</sup>. El contrato, por tanto, tendría como propósito más importante la protección mutua: defender a sus participantes, tanto a unos de otros, como frente a los extraños.

---

encontramos en la guerra, sino en lo que Hobbes llama, para precisar, el estado de guerra” (“La guerra conjurada, la conquista, la sublevación”, en *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*, Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1992, p. 101).

<sup>13</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, p. 12.

<sup>14</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, p. 13.

<sup>15</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, p. 141.

<sup>16</sup> Cf. HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, pp. 108 y 129. HOBBS se refiere a un poder colectivo resultante de la unión de poderes individuales mediante el consentimiento de los individuos, pero no da cuenta de la organización requerida para lograr la coordinación efectiva de las acciones de numerosas personas independientes. Es una llamativa omisión. Así, HINDS, “<<Ese dios mortal>>: HOBBS entre el poder y el soberano”, p. 33.

El poder común, surgido del mutuo consenso, ha de ser fuerte y capaz de atemorizar a todos, pues, en caso contrario, seguirían algunos realizando actos que perturban la paz y amenazan con la vuelta a la guerra de todos contra todos: “los lazos de las palabras son demasiado débiles para refrenar la ambición humana, la avaricia, la cólera y otras pasiones de los hombres, si éstos no sienten el temor de un poder coercitivo”<sup>17</sup>. Por eso, aconseja instituir un poder suficientemente grande para la seguridad de todos, pues “Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre en modo alguno”<sup>18</sup>. Aquí comienza su apelación al poder absoluto y soberano del estado, que surge como “un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural, para cuya protección y defensa fue instituido, y en el cual la soberanía es un alma artificial que da vida y movimiento al cuerpo entero...”<sup>19</sup>. En virtud de la autoridad que le fue conferida por medio de pactos mutuos puede “utilizar la fortaleza y medios de todos como lo juzgue oportuno para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina soberano, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que lo rodean es súbdito suyo”<sup>20</sup>. En la tarea de pacificación de la sociedad el poder soberano del estado tiene atribuciones que le son inherentes, entre las que se cuentan: i) el poder de prescribir normas en virtud de las cuales cada hombre puede saber qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede llevar a cabo sin ser molestado por cualquiera de sus conciudadanos; ii) el derecho de judicatura, esto es, de oír y de decidir todos los litigios que puedan surgir respecto a la ley, por cuanto “sin decisión de las controversias no existe protección para un súbdito contra las injurias de otro”<sup>21</sup>; iii) la presencia de un poder coactivo que respalde las leyes para hacer que los hombres las cumplan, cuya máxima expresión es el poder de

---

<sup>17</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, pp. 134-135.

<sup>18</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, pp. 144-145.

<sup>19</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, pp. 46-47.

<sup>20</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, pp. 46-47.

<sup>21</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, p. 152.

castigar a quienes desobedecen la ley con penas corporales o pecuniarias o con la ignominia<sup>22</sup>.

La soberanía será *suprema potestas superiorem non recognoscens*, esto es, un ilimitado poder que no debe acatamiento a un poder más alto, salvo a sí mismo, puesto que "El soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes"<sup>23</sup>. Ese soberano poder que no puede ser limitado, tampoco puede ser dividido, pues "dividir el poder del Estado no es otra cosa que disolverlo, porque los poderes divididos se destruyen mutuamente uno a otro"<sup>24</sup>. El soberano no tiene leyes por encima de él que lo vinculen frente a sus súbditos o frente a otros estados; puede usar todos sus poderes para aplacar las rivalidades sangrientas al interior del estado, puede demostrar su poderío frente a otras naciones o estados haciéndoles la guerra<sup>25</sup>, con lo cual, las guerras tenderían a existir sólo en las fronteras de las grandes unidades estatales, como relación de violencia entre estados, y no en el interior de los mismos. HOBBS es consciente de los peligros que entraña el otorgamiento de poderes omnímodos a un solo hombre o a una asamblea, pero los cree preferibles al mal del *bellum omnium contra omnes*: "aunque, respecto a tan ilimitado poder, los hombres pueden imaginar muchas desfavorables consecuencias, las consecuencias de la falta de él, que es la guerra perpetua de cada hombre contra su vecino, son mucho peores"<sup>26</sup>.

Existen múltiples aspectos controvertibles en la obra de HOBBS, de los cuales me limito a destacar dos, el pesimismo antropológico<sup>27</sup> y la

<sup>22</sup> Cf. HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, pp. 153 y 162.

<sup>23</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, p. 170. Vid. tb. pp. 177-178.

<sup>24</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, p. 178.

<sup>25</sup> Ello porque considera que es inherente a la soberanía "el derecho de hacer guerra y paz con otras naciones y estados". HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, p. 152.

<sup>26</sup> HOBBS, *Del ciudadano y Leviatán*, p. 159.

<sup>27</sup> Respecto del pesimismo antropológico, he de decir que la visión del hombre como "malo por naturaleza" sirve las condiciones para el autoritarismo en política (¿qué antropología no tiene relevancia política?), puesto que para

conformación del poder del estado como soberano (absoluto e ilimitado)<sup>28</sup>. Sin embargo, parece que un núcleo de su teoría política

ser encausado y vencida su disposición a la violencia se reclama la imposición de un poder absoluto e incontestable. Pero además, creo que no existe una pretendida naturaleza humana -una y siempre la misma en todos los hombres, todos los tiempos y en todos los lugares; una sustancia estática, invariable bajo las apariencias cambiantes y susceptible de ser descubierta y descrita fielmente-, habida cuenta de lo vasto del ser fenoménico de los hombres concretos que impide decir que hay un yo nuclear que se repite en todos. Las que se consideren características esenciales de los seres humanos están sujetas a la contingencia y son relativas a las circunstancias históricas que pueden depender tanto de la particular cosmovisión y situación de quién hace la caracterización como de un acuerdo transitorio acerca de qué actitudes son normales y qué prácticas son justas o injustas. Es tanto un acto de arrogancia como una ingenuidad filosófica emitir un juicio sobre la bondad o la maldad intrínseca del hombre; ese único hombre no existe. Así, pues, no creo que exista una naturaleza humana ni belicosa, ni pacífica: la agresividad y el enfrentamiento son componentes de la conducta de los hombres como también lo son la paz y la reconciliación. En el caso de la guerra, se trataría de verla, no como un mecanismo fatal y oculto que permanece en la historia por estar inscrito en la esencia humana, sino como una manifestación extrema de la política que aparece por múltiples contingencias económicas, sociales, políticas. La historia nos enseña tanto que los hombres han hecho la guerra como que no la han hecho: la guerra es un evento no necesario, sino posible, que circunstancialmente aparece en la trama de las instituciones y de las relaciones de poder, ya que sus móviles pertenecen al mundo de lo político. Sobre el problema de la supuesta existencia de una naturaleza humana, R. RORTY, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991, pp. 27, 43, ss.; 207, ss.

<sup>28</sup> Hay en la teoría política de HOBBS indudables rasgos despóticos, puesto que el estado, "aquel gran Leviatán", "aquel dios mortal" (*Del ciudadano y Leviatán*, p. 146), fuente suprema y no derivada de poder, tendrá poderes incontrolados e incontrolables en tanto que soberano. Esta exaltación del principio de soberanía interna le lleva a fundar la convivencia dentro de la sociedad política sobre la base de la autoridad y la obediencia absolutas dejando relegadas las libertades y al individuo a merced del arbitrio del Leviatán. Ahora bien, la larga sucesión de acontecimientos sociales y políticos que van del nacimiento a la consolidación del estado liberal tiene por norte limitar la soberanía interna del estado hasta llegar a su negación, en una transformación de la relación entre estado e individuo que deja de ser una entre soberano y súbdito para convertirse en una relación entre dos sujetos que tienen poderes limitados. Ciertamente, la actitud básica del liberalismo de salvaguardar al individuo y su libertad va a adquirir concretas expresiones en la conformación y organización del estado,

mantiene vigencia hasta el presente: la finalidad práctica asignada al estado de frenar la actividad desencadenada de la violencia de todos contra todos, siendo su tarea reconducir las relaciones belicosas que atraviesan el cuerpo social en su conjunto. Habría una exigencia de unificación y concentración del poder para realizar en una sola instancia

---

destacándose las siguientes: 1) el rechazo de cualquier transpersonalismo en la concepción del estado, vale decir, de cualquier doctrina que crea que el estado es una criatura viviente junto con los individuos, no teniendo éstos ninguna realidad independiente de las totalidades de las que forman parte. El estado es una construcción humana a las que se recurre para hacer referencia abreviada a relaciones muy complejas entre individuos, y no es legítimo que unos individuos sean usados en beneficio exclusivo de cierta totalidad (la comunidad, la patria, el estado, etc.); de ahí que no sea adecuado presentar la imagen del estado por medio de una metáfora antropomórfica de rasgos absolutistas al estilo de HOBBS; 2) la misión del estado de proteger y realizar los derechos humanos; 3) el principio de separación de poderes, que distribuye las distintas funciones propias del poder público entre distintas ramas que colaboran armónicamente, al tiempo que se atemperan y controlan mutuamente; 4) el principio de legalidad, que cambia la estructura del sujeto soberano vinculándolo a la ley, y que marca el paso al estado de derecho, cuya característica central es el sometimiento del estado al derecho en aras de salvaguardar al individuo frente al arbitrio del poder estatal; 5) la evolución del modelo de estado de derecho al estado constitucional de derecho en el que no sólo las formas de producción del derecho, sino también sus contenidos se encuentran disciplinados por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo consagradas en la Constitución, que fija principios de justicia material dotados de incidencia jurídica práctica y destinados a informar todo el sistema constitucional de derechos y el ordenamiento jurídico en su conjunto, condicionando la validez sustancial de las demás normas del ordenamiento jurídico. Al estar todos los poderes subordinados al derecho resultan excluidos aquellos sujetos o poderes que se encuentran *legibus solutos*; y de esta forma la doctrina liberal del estado (constitucional) de derecho se convierte en una doctrina que rechaza la soberanía como *potestas legibus soluta* y *superiorem non recognoscens*. La concepción de la soberanía como atributo del poder del estado, por lo tanto, se encuentra en crisis como consecuencia del sometimiento de todos los poderes al derecho y su respectiva reducción a ordenamiento y, por fortuna, tiende a remitir, habida cuenta de la antinomia irremediable entre soberanía y derecho, pues la soberanía es la negación del derecho, del mismo modo que el derecho es su negación. Sobre la evolución del concepto de soberanía interna y su crisis, L. FERRAJOLI, "La soberanía en el mundo moderno", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 138-141; R. ESPÓSITO: *Confines de lo político. Nueve pensamientos sobre política*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 75-94.

el uso de la violencia, a fin de desarmar las relaciones sociales en las que primen la rivalidad agresiva y la beligerancia y de controlar los instrumentos de la guerra, exigencia que se cristaliza en el monopolio legítimo de la violencia.

## 2. El monopolio estatal de la violencia

Uno de los primeros cometidos atribuidos al estado moderno es el de centralizar el poder para evitar que haya en la sociedad múltiples centros de poder en tenaz rivalidad por la vía de las armas y del derramamiento de sangre. El poder central habrá de operar en calidad de apoderado único y exclusivo para administrar y ejercer la violencia para despojar a los individuos o grupos de su uso en la solución de diversas contiendas, prohibiéndola de manera general, con el doble objetivo de evitar la guerra e impedir que se tomen la justicia por su mano mediante la venganza individual, parental o de clan, con el campo libre para la ley del más fuerte. La disposición sobre los medios militares se reserva al poder central, el cual tendría el poder de usar la violencia contra los individuos como medio para combatir la que ellos ejercen y asegurar un determinado orden social.

La violencia es considerada como prerrogativa del estado y va a adscribirse a ella una valoración positiva en tanto que un elemento necesario en la construcción del orden social: el monopolio de la violencia se instituye con el cometido de instaurar o, en su caso, conservar un conjunto de condiciones externas que salvaguarden la coexistencia pacífica, lo que se relaciona con un problema esencial de la política que es la guerra y la paz, toda vez que el cometido de alcanzar la exclusividad del uso de la violencia refleja en la constitución del estado la tendencia a la superación del policentrismo del poder en favor de una concentración del mismo en una instancia parcialmente unitaria y exclusiva que conjure la amenaza actual o inminente de retornar a una especie de "estado de naturaleza" de la sociedad sin reglas que queda presa del *bellum omnium contra omnes*, de la que hablara HOBBS. Por medio del monopolio de la violencia el estado establecería un escenario

para proteger el bien elemental de la vida y conseguir el objetivo mínimo de un gobierno, que es la convivencia pacífica, el cual, se dice, de algún modo es preliminar a otros fines, pues sólo en una situación pacífica el poder político puede llevar a cabo la coordinación y organización de las actividades de las instituciones públicas que se dirigen a objetivos más complejos como son la regulación de la vida social, la parcelación de las libertades, la prestación de servicios públicos y la redistribución del ingreso<sup>29</sup>.

Tan decisivo es el papel que se asigna al monopolio de la violencia que en el pensamiento político moderno existe una propensión o una anuencia a definir el estado como la forma institucionalizada del poder que reclama para sí el monopolio legítimo de la violencia. Así proceden, por ejemplo, WEBER, BOBBIO y ELIAS. Para el primero, "el Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio —el "territorio" es esencial a la definición— reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima"<sup>30</sup>. Según BOBBIO, "El Estado, por su propia índole, cualquiera sea su régimen, es la organización de la fuerza monopolizada: su poder se funda sobre el uso exclusivo de la fuerza, o sea de la violencia cambiada de nombre pero no de esencia. El Estado —cualquier estado— no es la eliminación de la violencia sino su institucionalización"<sup>31</sup>. Por su parte ELIAS, al explicar la génesis social del estado, sostiene que sólo con la constitución de los monopolios permanentes sobre los recursos militares y sobre los recursos financieros administrados mediante un aparato especializado alcanzan las unidades políticas el carácter de *estados*. No tienen que ser los únicos monopolios,

<sup>29</sup> Llama la atención sobre este segundo objetivo, M. STOPPINO, voz "violencia", en BOBBIO/MATTEUCCI (dirs.), *Diccionario de política*, t. 2., pp. 1674-1675.

<sup>30</sup> M. WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2ª. ed. (10ª. reimp.), Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 1056. Vid. tb. pp. 43-44, "Por estado debe entenderse un *instituto político* de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al *monopolio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente" (cursivas en el texto).

<sup>31</sup> N. BOBBIO, "¿Es una alternativa la no violencia?", en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1982, p. 199.

pero son los monopolios clave. Si éstos desaparecen, desaparecen todos los otros, y con ellos el estado<sup>32</sup>.

Es evidente que el recurso a la violencia como prerrogativa del estado es uno de los rasgos contingentes más relevantes en la realidad histórica moderna y, en este sentido, el estado moderno se vale de un medio específico que es la violencia, pero ése no es de ningún modo el único medio del estado; por consiguiente, resulta excesivo definir el estado sobre la base de un instrumento que no es el único y principal fundamento del poder político. La definición del estado que iguala el poder político con la "organización de la violencia" parece ser válida si se acepta la definición marxista del estado como instrumento de opresión en manos de la clase dirigente<sup>33</sup>. Pero ningún estado puede fundar su poder exclusivamente en coaccionar y dominar, en aplicar continua y extensivamente la violencia, ya que ésta es insuficiente para mantener la obediencia política durante un período largo de tiempo; el poder político requiere, para ser duradero, transformar la violencia en autoridad, tener como base el consenso, contar con la creencia en la legitimidad de parte de un sector considerable de la sociedad, cambio que es indicativo de nuevas bases de obediencia política y de ordenación de la convivencia social.

Sin entrar todavía a controvertir la legitimidad, la idea misma de monopolio de la violencia es cuestionable. Tras el monopolio estatal se encuentra la premisa implícita de que la violencia se ejerce en toda la extensión de la sociedad, siendo múltiple, dispersa, esto es, el estado de guerra perenne que dibujara HOBBS. Desde esta premisa se llega a la tesis de que constitución del estado implica una aminoración sustancial de la violencia que obedecería a la cancelación de la violencia intrasocial que sería sustituida por la violencia de estado hacia los

<sup>32</sup> N. ELIAS, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 344-345.

<sup>33</sup> Aludo a la conocida definición del poder político como "la violencia organizada de una clase para la opresión de otra", que ofrecieran K. MARX y F. ENGELS, "Manifiesto del partido comunista", en *Obras escogidas*, t. I, Madrid, Akal, 1975, p. 43.

individuos, esta última supuestamente mínima y marginal. No obstante, ambas suposiciones son dudosas: ni la situación social previa a la conformación del estado consiste en un mundo de violencia pura, ni la formación del estado conduce a su extinción<sup>34</sup> dado que es imposible que él logre la exclusión de toda agrupación de individuos que ejerza la violencia. Además, hay una violencia practicada por el propio estado que, aunque autorizada, sigue siendo tal, generalmente más temible que cualquier otra, si se tiene en cuenta la situación de debilidad que padece el individuo ante el aparato estatal; es más, en muchos casos es el estado el que se convierte en el gran centro generador de violencia (por ejemplo, cuando practica el terrorismo de estado, instaura sistemas penales draconianos o hace la guerra contra otro estado).

Si no es desacertada mi opinión, la idea del monopolio opera con un concepto de poder hartamente problemático: un poder localizado en una sede única, tangible y exclusiva que cuenta con instrumentos de intervención material que logran clausurar las manifestaciones violentas de parte de poderes periféricos. No obstante, el poder es múltiple y polimorfo, los poderes corren en todas las direcciones, se interfieren, chocan o forman alianzas; el poder es ubicuo, no porque el poder central se divida en una infinita variedad de ramas, sino porque múltiples relaciones de poder atraviesan, caracterizan y constituyen el cuerpo social, teniendo una estructura basilar por la cual circula. Ha sido FOUCAULT quien ha puesto en evidencia que no existe un "alma central" del poder, sino "un subsuelo de la gran mecánica del poder" y que éste tiene una "forma capilar de existencia"<sup>35</sup>. En relación con la cuestión que aquí interesa, esos múltiples y polimorfos poderes que atraviesan el cuerpo social hacen uso de la violencia, bien sea como muestra de poderío para obligar al adversario a retroceder, como mecanismo para aleccionarlo o eliminarlo de competencia o como instrumento de

confrontación con el propio estado. Me refiero a organizaciones de poder tan disímiles como las asociaciones de tipo gangsteril que arman ejércitos privados con capacidad defensiva y ofensiva; grupos insurgentes con ejércitos organizados y mandos responsables; organizaciones separatistas; grupos paramilitares o milicias populares. Estas organizaciones ejercen violencia en forma de asesinatos, mutilaciones, secuestros y destierros para llevar a cabo ajustes de cuentas, vendettas, e incluso llegan a formar micro-poderes punitivos que reaccionan contra conductas consideradas desviadas de las reglas morales, comunitarias o legales<sup>36</sup>. Ello hace ilusorio que el estado monopolice efectivamente

<sup>34</sup> Cuando se habla del castigo suele efectuarse una asociación entre pena y derecho, esto es, se piensa en la pena formalizada sujeta a los ritos y las garantías del derecho que pretenden asegurar al individuo frente a la reacción social desenfrenada y al arbitrio de la autoridad pública. Sin embargo, una asociación de esta índole no es necesaria ni responde completamente a la experiencia histórica: antes del derecho, las leyes, la definición de los delitos, los jueces y los juicios fueron las penas, y hoy, junto a las reacciones punitivas regladas por el derecho, existen otras al margen de la ley que en estados autoritarios llegan inclusive a ser predominantes, con lo cual es falaz afirmar que el derecho penal logra disciplinar las reacciones punitivas que acaecen en el interior de una sociedad. Para hacer frente a la fenomenología de la función punitiva es preciso operar con un concepto de pena que dé cuenta de los rasgos mínimos comunes a las reacciones punitivas. Ese concepto ha de ser uno sociológico basado con criterios descriptivos, antes que normativos: la pena, en sentido sociológico, podría entenderse como una forma de aflicción que se impone con la intención declarada o implícita de infligir sufrimiento y crear una relación de desaprobación entre la instancia que aplica el castigo y el castigado; tiene un contenido simbólico dirigido a expresar la pretensión de autoridad de quien tiene el poder y a remarcar la validez de reglas sociales o legales a cuya infracción se responde con castigo. En un momento ulterior se añadiría el carácter institucional y limitador del castigo delineado por la forma jurídica que vendría a designar la pena formalizada y legitimada a través de la legalidad, que es un tipo específico en el universo de las reacciones punitivas. Sobre el problema de definir la pena, por todos, A. BARATTA: "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal", en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, PPU, 1986, pp. 77, ss.; J. FEINBERG, *Doing and Deserving. Essays in the theory of responsibility*, New Jersey, Princeton University Press, 1970, cap. 5; C.S. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 198, ss.

<sup>34</sup> Así, R. GARCÍA JURADO, "El monopolio legítimo de la violencia", en *Estudios Políticos*, núm. 16, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pp. 54, 56-57.

<sup>35</sup> M. FOUCAULT, *Microfísica del poder*, 3ª. ed., Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1991, pp. 143, 151 y 89, respectivamente.

la violencia; a lo sumo y en las mejores condiciones podría acaparar el uso de la violencia de una manera tendencial. Por lo tanto, detrás del concepto de monopolio de la violencia hay un presupuesto ideológico –en el sentido de falsa conciencia– que es menester poner en evidencia y tener en cuenta para hacer frente a las complejas relaciones del aparato estatal con la violencia, y es que, aunque lo prometa, nunca podría monopolizarla, ni hacerla desaparecer.

### 3. La violencia como instrumento del estado

El monopolio de la violencia presupone dos condiciones: 1) que el estado despoje a los individuos o grupos del uso de la violencia para la solución de diversas contiendas; 2) que para la consecución de dicho fin, en caso de ser absolutamente necesario, el estado acuda a la violencia, imponiéndose coactivamente sobre la voluntad de los individuos, teniendo que ser el uso que hace de ella legítimo.

El cumplimiento de la primera condición (aunque sólo sea de manera aproximativa por las razones antes señaladas) es una meta altamente deseable en una sociedad política, pues sienta las bases para una convivencia pacífica; mas, la cuestión auténticamente difícil es cómo disuadir a los individuos y grupos del uso de la violencia. Se supone que ello se cumple cuando el estado obtiene el sometimiento de los individuos al poder central (el *pactus subjectionis*), poder que es uno jurídicamente cualificado, ya que está inseparablemente unido con su forma, el derecho; por tanto, dicho sometimiento lo es a un orden normativo, que pretende autoridad para emitir directrices de comportamiento obligatorias que sean aptas para guiar la conducta del destinatario. El derecho considera la violencia en manos de la persona aislada como un riesgo o amenaza para otros individuos pero también para el ordenamiento jurídico mismo, por lo tanto, prohíbe su uso a individuos particulares por medio de distintas normas (v. gr., las prohibiciones de matar, lesionar, secuestrar, de tomarse la justicia por propia mano, de alzarse en armas contra el estado, etc.); entonces la obediencia al derecho obraría para obtener la pacificación de las

relaciones sociales de dos maneras: i) clausura la posibilidad de confrontar y combatir el estado o el gobierno con las armas en la mano por parte de grupos de sujetos capaces de matar y de morir por la victoria de su causa; ii) el sometimiento al derecho cierra la vía del uso deliberado de la violencia entre individuos o entre grupos para dirimir sus conflictos, los cuales deben ser solucionados, a falta de un arreglo amigable, a través de los mecanismos institucionalizados por la *jurisdicción*. Sólo en circunstancias absolutamente excepcionales el derecho autoriza el uso de la violencia a los individuos, como en la institución de la legítima defensa en que se declara justificado lesionar determinados derechos de un individuo (incluso lesionarlo o matarlo) que se ha puesto fuera del derecho para repeler una agresión injusta actual o inminente, siempre que no haya otro medio disponible para frenar tal agresión, con lo que no sólo defiende los bienes jurídicos propios o de un tercero, sino también el ordenamiento jurídico<sup>37</sup>.

El sometimiento de los individuos al poder central y a la forma en que éste se expresa, el derecho, puede ser asegurado, en primer lugar, por la vía del consenso, puesto que la creencia en la legitimidad del poder político constituido de parte de un sector considerable de la sociedad conlleva la aceptación como obligatorios de los mandatos y prohibiciones jurídicas emitidos por la autoridad política. La aceptación del poder como legítimo provoca la actitud, más o menos duradera, de obediencia a las normas que él emite, por cuanto, de hecho, la autoridad de las normas, el acatamiento al derecho no dependen del todo de su calidad intrínseca, sino, en gran medida, del reconocimiento de parte de un amplio sector de la sociedad de la legitimidad de los órganos en que se originan, tanto por su procedencia democrática como por los resultados y beneficios que alcanza su gestión en términos de realización de los derechos humanos y de hacer experiencia tangible en la vida de los asociados los valores que rigen la cooperación política y social, tales como la igual libertad política, la igualdad de

<sup>37</sup> Sobre la causa de justificación de legítima defensa, vid. J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español. Parte general*, t. II, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1998, pp. 207, ss.

oportunidades, la igualdad material, los valores de reciprocidad económica, las bases sociales del respeto mutuo, la tolerancia, la civilidad, la razonabilidad, la equidad, la paz, entre otros<sup>38</sup>. Dicha creencia en la legitimidad tiene un efecto relevante en la cohesión entre los individuos y grupos que detentan el poder, al poner límites a los conflictos internos y proporcionar con frecuencia el principio para su solución, lo que, a su vez, contribuye a una mayor estabilidad y eficacia del poder político en la realización de sus tareas<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Sobre la noción de valores del dominio de lo político, J. RAWLS, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, pp. 41-42, 68-69, 74, 156, 167, ss., 228-229 y 236.

<sup>39</sup> Afirmar que el sometimiento de los individuos al poder central precisa un amplio reconocimiento de legitimidad a la autoridad política que se expresa en acatamiento al derecho no lleva implícito postular un deber moral de obediencia al derecho. Todos los ordenamientos jurídicos, especialmente si son democráticos y basados en el consenso de la mayoría, presuponen alguna aceptación política, pero no se debe confundir la adhesión espontánea a las leyes, que puede ser acrítica y aporoblemática, con la adhesión moral y menos con el sentimiento de obligatoriedad moral. Aunque se admita que ningún ordenamiento se sostiene si no cuenta con la adhesión moral efectiva y autónoma de un número considerable de individuos al ordenamiento, de todo esto no puede deducirse la obligación moral de *cada individuo* de prestar asentimiento moral a las leyes de ese ordenamiento. Esos son presupuestos de hecho y no valores, y sólo en virtud de la derivación del deber ser (el deber moral de acatamiento al derecho) a partir del ser (que, de hecho, el ordenamiento requiere asentimiento moral de una mayoría para sostenerse) puede afirmarse que deben ser cumplidos por todos. El valor de la obediencia al derecho como moral sólo es tal para quien lo comparte y lo vive como tal, y acaso lo sea para una mayoría, pero nunca para todos, y por eso no puede ser impuesto. Es consecuente con la visión del estado como instrumento, carente de valor moral intrínseco, entender que el derecho, una de sus expresiones por excelencia, también es un artificio que no tiene *per se* valor moral; por lo tanto, el deber de obediencia es de carácter *sólo jurídico*. El derecho sólo reclama una actitud externa de acatamiento, no una actitud interior de fidelidad, por ello acepta obediencia por razones de prudencia, conveniencia o, incluso, miedo. He seguido muy de cerca en esta cuestión a L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 920, ss. Sobre la obediencia al derecho, por todos, M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990; J. RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

Pero la vía del consenso no es la única seguida por el estado para asegurar el sometimiento al poder central. Dicho poder pretende obediencia no sólo a causa de la legitimidad sino también basándose en la posibilidad de obligar y castigar, de ahí que también haga presencia la violencia, un agente subyacente a la obediencia, cuyo uso es autorizado, bajo ciertas condiciones, por el derecho, para imponer acatamiento a las normas a una minoría disidente, recalcitrante o de desviados. Se acepta el recurso a la violencia a condición de que sea residual, absolutamente mínimo, subordinado al derecho y limitado materialmente por los derechos fundamentales tanto para delimitar sus presupuestos y modalidades, excluir su ejercicio arbitrario por parte de sujetos no autorizados, como para oponer diques de aquello que la violencia no puede nunca vulnerar por muy loables o útiles que sean los fines perseguidos. La observancia de las condiciones de extrema contención en el uso de la violencia por el estado fija la legitimidad del monopolio.

Dado que el derecho es un conjunto de patrones autoritativos que reclama obediencia de parte de todos aquellos que se encuentran bajo jurisdicción del estado, estipula medidas coactivas, es decir, intervenciones deliberadas dentro del ámbito en que un sujeto podría actuar si el estado no interviniera para sancionar el desacato a las normas jurídicas (si bien no puede afirmarse que *toda* norma de un sistema jurídico prescribe un acto coactivo, una sanción)<sup>40</sup>. La coacción aparece como prerrogativa de determinados órganos centralizados que son los únicos autorizados para aplicar medidas coactivas; por lo tanto, el orden jurídico regula el uso de la coacción como un monopolio de ciertos órganos, lo que permite diferenciarlo de otros sistemas normativos (v. gr., la moral). Las medidas coactivas pueden ser de muy diversa índole: indemnizar a quien ha sufrido un daño, desapoderamiento patrimonial en forma de multa, privación del permiso de conducir, prohibición de salir del país, destitución de un cargo, cuarentena o

<sup>40</sup> Cf. C.S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 9ª. ed., Barcelona, Ariel, 1999, pp. 102-108.

encierro carcelario. Todas estas medidas tienen en común que coaccionan al individuo al consistir en hechos desagradables impuestos en contra de su voluntad que limitan sus alternativas de acción. Ahora bien, entre las normas que prevén medidas coactivas hay unas que autorizan, directa o indirectamente, la realización de actos de violencia (recuérdese, actos de fuerza física que amenazan o lesionan la vida humana o la integridad personal, que se aplican de forma finalista con la intención de dañar o destruir y para la consecución de determinados fines). Exactamente, dichas normas prevén la amenaza de la violencia como sanción a la realización de determinados comportamientos; no obstante, es evidente que esa amenaza presente en múltiples normas jurídicas se materializa en muchos actos reales de violencia que dañan a hombres de carne y hueso. Me refiero al castigo estatal, que prevé penas que, generalmente, consisten en actos de violencia irrogados como consecuencia de la comisión de un delito declarada judicialmente.

Con el nacimiento y desarrollo del estado central moderno erigido como monopolio organizado de la violencia, el castigo es afirmado no sólo como un poder del estado, sino como un derecho (*ius puniendi*), y la majestad de la violencia legitimada aparecerá como una autoconstatación del poder del estado para reaccionar en contra de quienes realicen conductas que menoscaben el orden social, el poder constituido y las relaciones de propiedad del que el primero es manifestación. Simplificando, la respuesta del estado será violencia contra violencia. El fenómeno de monopolización del empleo de la violencia por el estado central moderno está acompañado de una transformación cualitativa de honda significación: la legitimación del poder a través de la legalidad, la cual respecto de la función punitiva se expresa básicamente en la definición legal de los delitos y de las penas y en la organización de un sistema de justicia penal, en sustitución de métodos bárbaros de justicia sumaria, regido por unas reglas para la averiguación de la verdad que aseguren el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes; de tal manera que la relación de fuerza entre el estado y el culpable se manifiesta como relación jurídica entre un sujeto público y otro privado. Por supuesto,

el derecho representa respecto del poder de castigar, prohibir y juzgar, un formidable instrumento diseñado por los hombres para intentar contener la violencia punitiva, pero no podemos llamarnos a engaño: el derecho penal, tal cual fue y es en este ahora, aun cuando rodeado de solemnidades y garantías, tiene una característica brutalidad que proviene del hecho de que la pena generalmente consiste en un acto de violencia que se añade al delito (desde luego, hay penas que no son violentas como las pecuniarias, pero éstas son excepcionales en la mayoría de sistemas penales), lo que hace de ella la injerencia más radical y aflictiva sobre la persona del condenado y sobre sus derechos, deviniendo la más intensa confrontación del individuo con el poder del estado. Como ha dicho FERRAJOLI, no ha habido aflicción, desde los sufrimientos más refinados hasta las violencias más brutales, que no se haya experimentado como pena a lo largo de la historia. Y mientras que la violencia del delito suele ser ocasional, la violencia infligida con la pena es consciente, programada por la colectividad contra uno, ahora frágil<sup>41</sup>.

Cuando se habla de la violencia del castigo se suele pensar en cosa de otro tiempo, de épocas de "bárbaras naciones" previas al estadio de la civilización o, menos de lejos, de la época de la persecución religiosa y de la Inquisición, tiempo de "resplandor de las hogueras" y del "hierro del verdugo" como la llamara VOLTAIRE<sup>42</sup>. Sin embargo, la práctica del castigo no puede narrarse en términos de progreso (como si la historia marchara triunfante en dirección a la racionalidad y a la humanidad y nosotros llegáramos, al fin, a una etapa del desarrollo cultural desde cuyas altas cimas ya no se divisan las culturas de la Edad Media o de los Mayas), pues la violencia de las penas también pertenece al presente y es practicada en sus diversas manifestaciones por los estados con el amparo de la forma jurídica a la manera de dolor y sufrimiento provocados con toda intención y elevados a la categoría

<sup>41</sup> Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 385-386.

<sup>42</sup> VOLTAIRE, *Tratado de la tolerancia*, Barcelona, Crítica, 1976, p. 29.

de respuesta legítima al delito (a la desobediencia)<sup>43</sup>: pena de muerte, mutilaciones, cadena perpetua, internamiento forzado en instituciones psiquiáticas y/o pena de prisión. Incluyo esta pena entre los castigos violentos porque la cárcel es mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad, pues ella supone la entrega en cuerpo y alma del interno a una institución total, e irremisiblemente incluye elementos de *mortificación física* entre los que se cuentan el confinamiento entre muros, rejas y ventanas altas, la privación de espacio, de luz y de aire; los alimentos mal preparados y desbalanceados; la realización de indignidades físicas (cacheos, inspecciones rectales); la privación de relaciones heterosexuales; el hacinamiento, la falta de higiene y las toxicomanías que frecuentemente conducen la proliferación de enfermedades y contagios (hepatitis B, tuberculosis, sida, neumonía). La diferencia con las vetustas penas corporales está sólo en que los padecimientos físicos no se concentran en un acto, sino que se dilatan a través de la duración del encierro. A la aflicción corporal se añade la *mortificación psicológica*: la pérdida total de intimidad, la soledad, el aislamiento, la privación de contacto con el mundo exterior, de sociabilidad y de afectividad, por lo tanto, pérdida de identidad y la estricta sujeción disciplinaria que conllevan trastornos psicósomáticos que acaban produciendo consecuencias graves en la salud física y mental de los condenados, tales como claustrofobia, alucinaciones, irritabilidad permanente, depresiones, incapacidad para la concentración, automutilaciones. Como ha dicho RIVERA BEIRAS, "Las manchas, las heridas, las huellas de las automutilaciones, etc., impresas en la piel de los condenados representan, en efecto, un claro y tremendo gráfico de los efectos del encarcelamiento, efecto que, por cierto, debe ser guardado por los muros carcelarios pues su exhibición pública tal vez repugnaría hoy a la sociedad, como el espectáculo del verdugo, la sangre y los suplicios repugnaron finalmente a la sociedad del Antiguo Régimen"<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Vid. N. CHRISTIE, *Los límites del dolor*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

<sup>44</sup> I. RIVERA BEIRAS, "La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)", en R. BERGALLI (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo

Adicionalmente, puesto que la violencia siempre requiere de implementos<sup>45</sup>, el estado dispone con todas sus prerrogativas de varios aparatos especializados cuyos miembros están facultados para manejarlos y ejercer públicamente la violencia. Esos aparatos constituyen la fuerza pública (cuyo nombre ya indica que el estado puede mantener fuerzas y desplazarlas abiertamente), integrada por las fuerzas armadas (ejército, marina militar y fuerza aérea) que representan el conjunto de unidades y servicios militares del estado erigidas para la defensa de la soberanía, también para la defensa del orden público y de la estabilidad interna, y de la policía que cumple la función del estado de realizar las limitaciones que la ley impone a las libertades de los individuos y de los grupos para la salvaguardia y la conservación del orden público, en sus variadas manifestaciones: de la seguridad de las personas y de la propiedad a la tranquilidad pública. El hecho de que dispongan de instrumentos diseñados para producir la muerte física de personas erige a las fuerzas armadas y a los cuerpos de policía en una especie de poder sin fisura al representar tanto un símbolo de soberanía del estado como el rostro duro del ordenamiento jurídico; tanto más, las fuerzas armadas aparecen de algún modo como el núcleo de las instituciones políticas al recibir la delegación del poder más corrosivo que es la violencia. Dichos cuerpos exigen a sus miembros, si es preciso, el sacrificio de sus vidas y desde el derecho se les dan facultades para dañar físicamente a otros hombres (v. gr., las fuerzas especiales antidisturbios entrenadas y equipadas para reprimir manifestaciones y huelgas mediante el uso de sustancias químicas o con golphizas y heridas con arma de fuego) o para derramar sangre y matar a otros hombres (en la guerra o en la persecución de delincuentes "contumaces"). Vista desde el poder central, la fuerza pública es una

blanch, 2003, p. 387. Véanse, A. BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1986, cap. XIV; M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 18ª. ed., Madrid, Siglo XXI, 1990; J. GARCÍA-BORÉS ESPÍ, "El impacto carcelario", en BERGALLI (coord.), *Sistema penal y problemas sociales.*, pp. 396, ss.

<sup>45</sup> Vid. H. ARENDT, *Sobre la violencia*, México, Edit. Joaquín Mortiz, 1970, pp. 9 y 49.

garantía para su defensa; pero vista por individuos concretos representa una amenaza estable de daño y muerte por su disposición de estar preparada para la guerra y para reprimir todas aquellas manifestaciones que, desde la perspectiva del poder central, puedan representar un cambio en las relaciones económico-políticas entre las clases sociales o poner en entredicho su equilibrio ideológico y físico.

En definitiva, el estado tiene una actitud dual frente a la violencia: una prohibida, que es la que ejercen los individuos o grupos particulares en forma de venganza privada, castigos informales o guerra, y otra permitida, sancionada como poder, que es la ejercida por el estado con su enorme aparato de defensa y en forma de pena. La que es sancionada como poder pone en evidencia que es falaz la pretensión de concebir el derecho como exclusión de la violencia: la violencia es poder que lo funda y lo conserva<sup>46</sup>. Sólo es que unos medios conformes al derecho forman la violencia sancionada, que con ello pretendidamente desaparece como tal para convertirse en "fuerza", "coacción legítima", pero la forma jurídica no le priva de ser lo que es. Realmente, en el interior de las instituciones públicas lo que hay es una violencia "legalizada", esto es, sujeta a un conjunto de reglas que delimitan su uso frente a ciertas acciones, excluyendo otras, en determinadas circunstancias y con determinadas modalidades. La desnudez del derecho no es otra que la de la violencia que le es consustancial. Y así, con los ojos abiertos, es que hay que asomarse a la complejidad de lo jurídico, pues como bien dice MICHAUD, "La violencia lo atraviesa de parte a parte: en ella se basa, ello lo defiende y lo cambia. En la fobia que por ella manifiesta, el derecho disimula que de ella procede y que en ella reside su último recurso de mantenimiento"<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Sobre las relaciones entre derecho y violencia, W. BENJAMIN, "Para la crítica de la violencia", en *Angelus Novus*, Barcelona, Edhasa, 1971, pp. 171, ss.; MICHAUD, *Violencia y política*, pp. 105, ss.; H. VALENCIA VILLA, *La justicia de las armas. Una crítica normativa de la guerra metodológica en Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo-Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Nacional, 1993, pp. 43-45, esp.

<sup>47</sup> MICHAUD, *Violencia y política*, p. 112.

La cuestión que quiero considerar ahora es si es aceptable calificar de legítima la violencia ejercida por el estado.

#### 4. Violencia de estado, ¿violencia legítima?

En el proceso de convertir la violencia en prerrogativa del estado se ha seguido una doble dirección: se intenta expulsar la violencia de ámbitos privados o semiprivados para supuestamente tener una vida cotidiana sin ella, pero se fortalece otra violencia de la que se proclama dueño legítimo el estado, porque se la ha definido explícitamente como necesaria y sólo instrumental en tanto medio para el fin de la convivencia pacífica en sociedad. Aquí se advierte una paradoja<sup>48</sup>: la violencia es considerada un mal (por eso precisamente se busca inhibir a los individuos y grupos de su uso), pero se la califica de necesaria cuando se radica a cargo del estado (en aras de obtener fines como la paz, el orden, la seguridad), que pasa a ejercerla con pretensiones de *legitimidad*, es decir, con la pretensión de que sea considerada correcta, justa en virtud de los fines justos que persigue y gracias a que es una violencia mesurada y previsible. En este punto se invierte el sentido del enjuiciamiento ético de la violencia, por cuanto, aun partiendo de la aceptación común de la violencia como mal, las tesis que otorgan al estado el monopolio legítimo de la violencia procuran demostrar que se trata de un mal necesario ya que de él *deriva* un bien, es decir, terminan sosteniendo que, pese a que la violencia parezca un mal, no se puede concebir la convivencia en la sociedad política sin el recurso a la violencia, aunque sólo sea como *extrema ratio* (pero a fin de cuentas, *ratio*) comparándola al instrumento que asegura orden, estabilidad y continuidad cuando el poder central se encuentra amenazado o cuando hay hostilidad manifiesta en las relaciones sociales, con lo que, en el fondo, se la considera buena, redimida por lo valioso del fin buscado. Esta peculiar operación por la cual la

<sup>48</sup> En el mismo sentido, GARCÍA JURADO, "El monopolio legítimo de la violencia", pp. 47 y 64.

violencia pasa de ser un mal hasta ser calificada de legítima (buena, justa) cuando se radica como monopolio del estado merece ser cuestionada.

#### 4.1 La violencia como mal en sentido ético

La violencia está determinada por la categoría de medios-y-fin: es instrumental y precisa de la dirección y justificación que proporciona el fin que persigue. No hay fin que los hombres hayan considerado bueno —el poder, la riqueza, la paz, la justicia, la libertad, la seguridad— para obtener el cual no se haya estimado necesario, aunque sólo sea en eventos muy circunscritos, el uso de la violencia<sup>49</sup>. Empero, tal como advirtiera Benjamin, permanece sin respuesta el problema de si la violencia en general, como principio, es moral, aun cuando sea un medio para fines justos<sup>50</sup>. Desde el punto de vista liberal que suscribo, la violencia sigue siendo un mal en sentido ético, aunque sirva para fines justos porque contradice dos principios éticos de salvaguarda del ser humano individual, cuales son el principio de dignidad humana y el principio de inviolabilidad de la persona.

En efecto, el liberalismo sostiene una concepción individualizada del hombre, conforme con la cual cada hombre es un individuo distinto y separado de otros, tiene una singularidad suficientemente reconocida, cualidades propias identificables, y es una fuente independiente de ideales, propósitos, deseos, intereses, necesidades y puntos de vista. Tiene las facultades de percepción, juicio, discernimiento, racionalidad, capacidad de proponerse fines, de obrar conforme a valores y de juzgar el carácter valioso o disvalioso de sus actos y también tiene capacidad de elección: se caracteriza por elegir y no por ser elegido, por ser

<sup>49</sup> Sobre el carácter instrumental de la violencia, ARENDT, *Sobre la violencia*, pp. 9, 47, 70-72; BENJAMIN ("Para la crítica de la violencia", pág. 171), quien afirma que "la violencia, para comenzar, sólo puede ser buscada en el reino de los medios y no en el de los fines"; BOBBIO, "¿Es una alternativa la no violencia?", pp. 197-198.

<sup>50</sup> Cf. BENJAMIN, "Para la crítica de la violencia", p. 171.

buscador de fines, los cuales persigue a su manera. Y postula una concepción individualista, según la cual los únicos titulares de intereses cuya satisfacción constituye una justificación *prima facie* de una acción o medida y cuya frustración constituye una descalificación *prima facie* de una acción o medida son los individuos humanos. Son ellos las unidades elementales cuya prosperidad, en sentido general, debe tenerse en cuenta para justificar instituciones, formas de organización social, decisiones y disposiciones; el estado y las instituciones tienen tan sólo sentido y justificación en la medida en que representan un medio para cumplir los valores que pueden realizarse en la persona individual y satisfacer sus necesidades básicas<sup>51</sup>. Esta es la actitud básica del liberalismo, que denomino *individualismo*, consistente en la defensa radical del individuo contra el poder (ya sea del estado, ya sea de la sociedad o de algún miembro esclarecido o potentado de ella) en pro del valor moral autónomo y original del que el individuo es depositario<sup>52</sup>.

El liberalismo, pues, enaltece el valor del individuo: el valor de uno no se suma con el de otros, ya que la individualidad implica la imposibilidad de componer entidades mayores que acopian valor a partir de la suma de individuos. El valor de cada individuo es sólo igual al de otros si por tal entendemos que comparando el valor de uno solo con un conjunto de otros individuos, el primero no tiene menor valor que el conjunto. Por lo tanto, antes que las corporaciones y las instituciones está el hombre mismo, y no puede sacrificarse en nombre de nada superior a él mismo, pues no hay nada superior. "Entes" tales

<sup>51</sup> Aquí es clarificador, C.S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 248, ss.; el mismo, "Liberalismo "versus" comunitarismo", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, Madrid, 1988, pp. 363 y ss.

<sup>52</sup> Señalan esta constante, N. MATTEUCCI, voz "liberalismo", en BOBBIO/MATTEUCCI (dirs.), *Diccionario de política*, t. 2., cit., págs. 908 y 925; E. FERNÁNDEZ, *La obediencia al derecho*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 229-230; H. KLIEMT, "Acerca de la coherencia de un liberalismo individualista estricto", en E. GARZÓN VALDÉS (comp.), *Derecho y filosofía*, Barcelona/Caracas, Alfa, 1985, p. 135; C.S. NINO, "Las concepciones fundamentales del liberalismo", en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. 4, núm. 2, 1978, p. 142.

como el estado, la iglesia, una nación, una raza, la sociedad o la mayoría de la población no tienen *status* ontológico autónomo ni son especies de organismos cuya ventura y crecimiento sea algo bueno en sí mismo con independencia de la prosperidad de cada uno de los individuos que los integran.

La visión del hombre como ser capaz de elegir, de perseguir fines recaba un tipo de sociedad que otorgue a cada uno el mayor campo de decisión y de acción posible. La sociedad política ha de garantizar a los individuos ser libres, en dos sentidos: cada individuo debe ser su propio dueño y puede actuar y decidir por sí mismo, dirigir su vida y no ser movido por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de representar un papel humano. Segundo: cada individuo debe tener un ámbito en el que pueda obrar sin ser obstaculizado por otro. Ser libre en este sentido quiere decir que otros no se interpongan en la propia actividad. Cuanto más vasto sea el ámbito de esta ausencia de obstrucción, más amplia es la libertad de cada uno<sup>53</sup>. Es la defensa del valor de la libertad la que da su nombre al liberalismo. Y el valor que la libertad promueve es el de la autonomía personal, esto es, el valor de que los individuos expresen puntos de vista propios, singulares, irrepetibles y puedan adoptar libremente un plan de vida. El liberalismo depende del reconocimiento del valor inequívocamente objetivo de la autonomía del individuo y de los valores relacionados con ella y, en este sentido, reposa en una concepción de lo bueno, según la cual la autonomía de los individuos para elegir y realizar proyectos de vida es buena en sí misma, con lo cual la autonomía personal no es sino otra concepción del bien o de la felicidad, pero es una concepción peculiar, puesto que deja abierto a la elección de cada individuo las especificaciones que haya de dar a ese bien<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Véase, I. BERLIN, "Dos conceptos de libertad", pp. 215, ss.

<sup>54</sup> Cf. C.S. NINO, "Justicia", en *Doxa*, núm. 14, Alicante, 1993, pág. 70. Para la concepción liberal del hombre y la sociedad y los principios fundamentales asociados a esta concepción, mi trabajo, *Autonomía individual y derecho a la vida. El derecho a decidir sobre el final de la propia vida*, Zaragoza, 2003, cap. I (tesina sin publicar).

La actitud básica del liberalismo de defensa radical del individuo y de su libertad conlleva la defensa, junto con el principio de autonomía personal, de los principios de dignidad humana y de inviolabilidad de la persona, los cuales sientan las prescripciones básicas acerca de la conducta correcta para con los hombres y traslucen preocupaciones morales fundamentales hacia ellos, surgidas de la contemplación de problemas acerca de los seres humanos desde diferentes perspectivas. Esas prescripciones afectan indudablemente al uso de la violencia.

El *principio de dignidad humana* prescribe que el estado y la sociedad han de reconocer relevancia ética y jurídica al predicado "ser un ser humano" y reclama respeto y consideración para todos los seres humanos en su elemental desnudez de miembros del género humano: nada hay más importante a la hora de juzgar una conducta que considerar si su objeto es un ser humano o no, el cariz del enjuiciamiento de una acción cambia cuando el destinatario es una cosa o es un hombre. Esto significa que la sola cualidad de ser un hombre constituye un título suficiente para, en primer lugar, gozar de ciertos bienes que son indispensables para que cada uno elija su propio destino con independencia del arbitrio y de las imposiciones de otros; por lo tanto, el ser acreedor de ciertos bienes básicos surge en virtud de poseer la cualidad de ser un ser humano y no puede estar supeditado a otras diferencias como la salud física o mental, inteligencia, sexo, cultura, religión o fortuna. Así enunciado, el principio de la dignidad de la persona se erige en fundamento de la concepción de los derechos humanos, pues, justamente, entendemos que los derechos humanos son derechos que tienen los hombres por el hecho de serlo, y siendo la propiedad de ser un individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos<sup>55</sup>. En segundo lugar, la sola cualidad de ser un hombre constituye un título suficiente para merecer consideración y respeto como fin en sí, con lo cual no debe tratarse de una manera

<sup>55</sup> Sobre la dignidad humana como valor que informa los derechos humanos, A.E. PÉREZ LUÑO (et. al.), *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 222-225.

que niegue o degrade su humanidad. Puesto que todos los seres humanos somos igualmente susceptibles de sufrir, de ser víctimas de la crueldad y la humillación, una de nuestras decisiones morales y políticas básicas es que debemos comprometernos a hacer desaparecer las situaciones en que seres humanos son expuestos a esos males por otros hombres, y una de esas situaciones es la violencia, la cual daña física y moralmente a quienes la padecen, sometiéndolos al sufrimiento, es decir, a una experiencia en que las representaciones esenciales de la vida o expectativas de futuro se ven limitadas o suprimidas de manera dolorosa por una acción que lesiona de forma intencional para la consecución de determinados fines; naturalmente, esos efectos de daño no desaparecen porque sea el estado el que ejerce la violencia<sup>56</sup>.

El principio de inviolabilidad de la persona prescribe tratar a cada individuo humano como fin en sí mismo, es decir, según sus propios fines y disposiciones, y prohíbe que unos individuos sean usados en beneficio exclusivo de otros, oponiéndose a finalidades colectivistas que les imponen, en contra de su voluntad, sacrificios y privaciones. Tras este principio resuena, sin duda, la segunda formulación del imperativo categórico de KANT: “obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre

<sup>56</sup> Acerca de la violencia como atentado contra la dignidad humana, A. PAPACCHINI, “¿Existe un derecho a la violencia?”, en *Los derechos humanos, un desafío a la violencia*, Bogotá, Altamir Ediciones, 1997, pp. 313-355. La forma de acercarme al principio de dignidad humana se encuentra muy cercana a las ideas del liberal ironista R. RORTY (*Contingencia, ironía y solidaridad*), quien piensa que no existe una esencia humana, ni una necesidad de aportar el fundamento último, pero ello no impide que pensemos que “los actos de crueldad son lo peor que se puede hacer” y tenemos la obligación de ser solidarios con los seres humanos que conocemos y con otros desconocidos cuyo sufrimiento debemos ser capaces de imaginar para que la crueldad y la humillación de unos seres humanos por otros cese. No cifro como él la esperanza de un mundo mejor en no ser crueles, porque la crueldad es uno de los tantos males que aquejan a la humanidad junto con la miseria, la explotación, la desigualdad, el hambre, la opresión, etc., pero creo que no siendo crueles desaparece una gran parte de los males del mundo y hacemos de él un lugar más afable en el que habitar.

como un fin, y nunca sólo como un medio”<sup>57</sup>. En consecuencia, de acuerdo con este principio hay una cierta esfera de intereses del individuo que no puede ser invadida en la búsqueda del bien común: son los derechos individuales, que actúan como restricciones laterales a la persecución de objetivos colectivos, al constituir un umbral o límite en contra de medidas orientadas al logro de fines sociales colectivos y están concebidos para impedir que se prive a los individuos de ciertos bienes con el argumento de que ello beneficia, en mayor o menor medida, a la sociedad en su conjunto o a una entidad supraindividual.

Dado que la violencia es instrumental y se ejerce contra hombres concretos en función de conseguir determinados fines que generalmente se traducen en metas de utilidad social, los hombres en contra de los que el estado la dirige son deliberadamente dañados y expuestos al sufrimiento en aras de la consecución de fines que les son ajenos, por lo cual son instrumentalizados, reducidos a objetos, lo cual conculca el principio de inviolabilidad de la persona. Me referiré a dos de los supuestos del uso de la violencia incluidos en el monopolio estatal. *Uno*: la guerra es la concreta voluntad de ejercer el poder por medio de la violencia; cuando se hace la guerra las fuerzas armadas del estado –al igual que sus contendores: otro estado, o grupos subversivos en caso de conflicto armado interno– exaltan el principio de que “el fin justifica los medios, todos cuantos sean necesarios”, siendo la violencia un recurso al que recurrir para defender sus intereses y posiciones territoriales, sin que su uso plantee dilemas morales, sino sólo cuestiones de oportunidad y de eficacia (“no importa cuántos hombres y mujeres mueran, cuánta destrucción quede con tal de alcanzar la meta fijada”), por tanto deja de haber bienes inviolables frente al objetivo fundamental, que es la victoria, la *debellatio* del enemigo<sup>58</sup>. Es así como en medio de la guerra suele acontecer que las fuerzas armadas ponen en marcha

<sup>57</sup> I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 14ª. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1999, p. 104 (cursivas en el texto). Sobre el principio de inviolabilidad de la persona, NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 237, ss.

<sup>58</sup> Ver, S. SENESE, “Guerra y nuevo orden mundial”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, Madrid, 2002, p. 86.

mecanismos con gran capacidad destructiva sin consideraciones ante el derramamiento de sangre: asesinatos en los campos de enfrentamiento y fusilamientos contra los rendidos, asesinatos, torturas y desapariciones forzadas contra todos los que se sospechen colaboradores del enemigo y, con la profundización de las hostilidades, incluso llegan a utilizar medios de combate cuyos efectos no es posible limitar (armas bacteriológicas y químicas, bombardeos de extensas zonas urbanas con objetivos militares dispersos) y a usar la crueldad contra víctimas inocentes elegidas al azar para sembrar terror en el resto de la población a fin de extirpar los actores sociales que pueden tener algún vínculo con el enemigo, desarraigar a los indiferentes y lograr así fines militares<sup>59</sup>. De esta manera, en el desarrollo de la actividad bélica unos hombres, los civiles (aproximadamente de cada diez víctimas que provoca la guerra, nueve son civiles inocentes), son tratados como medios por cuanto la violencia contra ellos ejercida es el instrumento para lograr las metas complejas que se pretenden con la guerra.

También los soldados –especialmente cuando no van como profesionales que han elegido por propia voluntad este oficio, sino por reclutamiento obligatorio– no es que se expongan, sin más, a matar o a morir, es que el estado les manda a la masacre al ser una materia puesta a disposición del aparato militar y burocrático. Este hecho ha sido expresado de manera certera por S. Weil: “Como este aparato de dirección no dispone de otro método para derrotar al enemigo que

<sup>59</sup> Recuérdese la conocida lección del belicista K. VON CLAUSEWITZ –general prusiano muy consultado en el oficio de la guerra– quien sostuvo que debe ser rechazada la idea de que “existe una manera artística de desarmar o derrotar al adversario sin excesivo derramamiento de sangre, y que esto es lo que se propondría lograr el arte de la guerra... En asuntos tan peligrosos como la guerra, las ideas falsas inspiradas en el sentimentalismo son precisamente las peores. Como el uso de la fuerza física no excluye en modo alguno la cooperación de la inteligencia, el que usa la fuerza con crueldad, sin retroceder ante el derramamiento de sangre por grande que sea, obtiene una ventaja sobre el adversario, siempre que éste no haga lo mismo. De este modo, uno fuerza la mano del adversario y cada cual empuja al otro a la adopción de medidas extremas cuyo único límite es el de la fuerza de resistencia que oponga el contrario” (*De la guerra*, Buenos Aires, Ediciones Solar, 1983, p. 10).

enviar forzados a sus propios soldados a la muerte, la guerra de un Estado contra otro Estado se convierte rápidamente en una guerra del aparato estatal y militar contra su propio ejército; y la guerra se convierte finalmente en una lucha llevada a cabo por el aparato estatal y los estados mayores contra el conjunto de los hombres en condiciones de empuñar las armas”<sup>60</sup>. Este ser tomados para matar o ser muertos implica un abuso de los hombres como meras máquinas e instrumentos en manos del estado<sup>61</sup>.

Dos: la violencia irrogada como pena también atenta contra la inviolabilidad del ser humano. Esto debe ser explicado a partir de las justificaciones que se aducen para llevar a cabo contra un individuo ese ejercicio de violencia supuestamente legítimo que suponen las penas antes indicadas<sup>62</sup>.

Una primera posible justificación es la *retribucionista* que concibe la pena como fin en sí mismo, o sea, como castigo o compensación del delito justificada por su valor axiológico esencial; no un medio para algún fin práctico, sino un deber ser que se fundamenta en sí mismo,

<sup>60</sup> S. WEIL, “Reflexiones sobre la guerra”, escrito publicado en 1933 en la revista *La Critique Sociale* bajo el título “Reflexiones sur la guerre”, trad. de Josep Corominas, en [www.alteediciones.com/t40.htm](http://www.alteediciones.com/t40.htm), p. 3.

<sup>61</sup> Así, expresamente, I. KANT, *Sobre la paz perpetua*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 45.

<sup>62</sup> Sobre los fines de la pena, véanse, A. BARATTA, “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 24, Madrid, 1984; el mismo, “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”; W. BOTTKÉ, “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”, en J.M. SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona, J.M. Bosch, 1997; J. BUSTOS, “Pena y Estado”, en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982; L. FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, en *Poder y Control*, No. 0, Barcelona, 1986; W. PAUL, “Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena”, en *Poder y Control*, No. 0, Barcelona, 1986; W. HASSEMER, “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?”, en *Persona, mundo y responsabilidad (Bases para una teoría de la imputación en derecho penal)*, Bogotá, Temis, 1999; B. SCHÜNEMANN, “Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal*.

no condicionado por fin alguno distinto del castigo mismo. Para la retribución la máxima que ha de guiar el castigo es que es justo “devolver mal con mal”, debiendo el infractor sufrir lo que sus culpas valen. Ha de reconocerse que a esta justificación no se le puede reprochar la instrumentalización del delincuente porque la pena sirve a la idea de justicia, nunca a fines sociales. Pero, precisamente, el flanco de ataque más acentuado por sus detractores es el no buscar fin alguno de utilidad social. De tal modo se señala que a ella subyacen ciertas supersticiones mágicas de que hay un nexo necesario entre culpa y castigo y que la pena restaura el orden natural violado o purifica por medio del castigo; pero en realidad no hay forma de revertir los efectos del hecho cometido, el cual, por lo tanto, no puede ser reparado, ni compensado ni retribuido con el castigo, salvo por una creencia metafísica que, como tal, no podría servir de fundamento a un artefacto de este mundo, nacido en tierra de intereses como lo es el derecho. En la búsqueda del criterio de justicia de las penas las teorías utilitaristas sustituyen la idea de la retribución por la de fin, habida cuenta de que justificar la pena con la pena misma supone rechazar una justificación por sus efectos prácticos (tanto frente al delincuente individual como frente a la colectividad), desconociendo el carácter instrumental del derecho, el ser medio para la consecución de fines prácticos, que hacen que el derecho no pueda decidirse por esta renuncia. A este respecto dice Hassemer que “La justificación por las consecuencias deseadas es una parte de nuestra racionalidad. Naturalmente, no se puede predecir cuánto tiempo va a seguir siendo dominante este esquema”<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> W. HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 351 (cursivas en el texto). Parece que tras la justificación retribucionista hay un equívoco: en realidad, ella no da respuesta al sentido de la pena, al por qué castigar, pues la respuesta es un *a priori*, da por sentado lo que debiera precisamente justificar; lo que ofrece es una explicación de cuándo ha de imponerse un castigo: únicamente cuando se ha cometido un delito; condición necesaria de la pena es primero que todo la comisión de un delito, lo cual constituye una garantía fundamental del derecho penal, el principio de retribución penal, sintetizado en el postulado *nulla poena sine crimine*, conforme al cual a un individuo se le puede castigar sólo por lo que ha hecho y no también por lo que es o se cree que sea. Para una

Son las justificaciones utilitaristas de la pena, que la conciben sólo como un *medio* para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos, las que van a pasar a primera escena para justificar el castigo como pieza básica del monopolio estatal de la violencia. Éstas, que se conocen como teorías relativas, asumen que la pena en sí misma es un mal, pero que irrogarla se justifica si sirve como un medio para un fin justo de inhibición de delitos futuros, es decir, con la pena se impone deliberadamente ahora un sacrificio a un individuo que le supone daño y sufrimiento, con la meta de obtener una ventaja mayor en términos de prevención que se expresa en fines diferentes de utilidad social. Explicaré enseguida que, salvo el de la resocialización (prevención especial positiva), todos esos fines quebrantan el principio de inviolabilidad de la persona.

La justificación ofrecida por la teoría de la prevención especial negativa es aquella según la cual la pena ha de perseguir el fin de la *neutralización* o inocuización del delincuente. Aunque tiene la apariencia de que el sentido del castigo sólo tiene por destinatario al infractor, en su forma más radical y autoritaria justifica la aniquilación de la persona castigada en virtud de la búsqueda de una consecuencia útil a la tecnología del poder: la rotura del disentimiento, el obstruir su articulación mediante el terror; pero impedir el disentimiento constituye el equivalente funcional de la producción del consenso, como puso en evidencia BARATTA<sup>64</sup>. Al hacer del delincuente un animal dañino que debe ser destruido para cumplir funciones de control y represión de los conflictos, impedir la disidencia política y proveer a la defensa del estado, la prevención especial negativa lo trata como instrumento y justifica su sacrificio en aras de fines ajenos, lo cual evidentemente atenta contra el principio de inviolabilidad de la persona.

crítica detallada de las teorías retribucionistas y una fundamentación del principio de retribución penal, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 253-258, 368-373.

<sup>64</sup> BARATTA, “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”, p. 86.

En el caso de la prevención especial negativa, que proclama el fin de la *disuasión* o contramotivación de los potenciales infractores para que se abstengan de delinquir, habría dos subgrupos de la teoría según se enfatice en el distinto momento en el cual operaría la disuasión: a) la intimidación ejercida sobre la generalidad de los asociados por medio del ejemplo ofrecido por la ejecución de la condena; b) la intimidación dirigida a la colectividad, pero por medio de la amenaza de pena prevista en la ley. De manera particularmente acusada la idea de la función contramotivadora y ejemplarizante de la ejecución de la pena conculca el principio de inviolabilidad de la persona por cuanto el delincuente al ser castigado se convierte en objeto de demostración en interés del buen comportamiento de otros generado por el temor de verse sometidos a un castigo semejante y con ello es utilizado como medio al servicio de fines ajenos. Pero, igualmente, la segunda versión sigue expuesta a esta grave objeción: la conminación con pena de un determinado comportamiento en una norma penal está destinada a regir los comportamientos de los individuos estableciendo un efecto desagradable para su realización y, así vista, su función es la de buscar un efecto preventivo en razón de la observancia de la norma prohibitiva cuya infracción está sujeta a conminación, tratándose de una previsión legal dirigida en abstracto; sin embargo, la conminación surte efectos de intimidación en tanto esté destinada a ser aplicada mediante la imposición de castigo a individuos concretos de carne y hueso, pues de otro modo no contramotivaría a potenciales infractores. Ya BECCARIA llamaba la atención acerca de que es la certeza y prontitud del castigo la que resulta eficaz para inhibir a los demás de delinquir<sup>65</sup>. En consecuencia, también esta versión está expuesta a la acusación de quebrantar el principio de inviolabilidad de la persona por cuanto el mal con que amenaza la previsión legal termina siendo un mal que se irroga a algunas personas concretas con interés de ejemplarizar en aras del bienestar de otros, los nos desviados<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, con *Estudio preliminar* de Nódier Agudelo Betancur, 2ª. ed., Bogotá, Temis, 1990, pp. 45-49.

<sup>66</sup> Insistiendo en la objeción kantiana a la teoría de la prevención general negativa en sus dos versiones, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 276 y 279.

Respecto de la prevención general positiva, que postula como justificación de la pena la *integración social* y reforzamiento de la confianza en las instituciones y de la fidelidad al estado menoscabada por la percepción de las transgresiones al orden jurídico gracias a la irrogación de daño y sufrimiento físico al delincuente, he de decir que al asignar a la pena la función expresiva de reafirmar valores y reglas sociales para contribuir a la integración y estabilización de la colectividad, reduce al individuo castigado a soporte necesario para fomentar actitudes colectivas de adhesión a las instituciones y al estado y le subordina a los requerimientos del sistema social. De nuevo, es flagrante la infracción del principio de inviolabilidad de la persona al funcionalizar al ser humano individual conforme a los requerimientos de aglutinación social y autoconservación del sistema político.

En conclusión, las doctrinas utilitaristas de justificación de la pena estatal no logran satisfacer las exigencias de respeto al ser humano individual prescritas por el principio de inviolabilidad, por mucho que tengan el mérito de permitir excluir las penas socialmente inútiles y de ubicar correctamente el problema del derecho penal en el ámbito de los instrumentos de tutela de individuos reales y no en el cielo elevado e inasible de la religión o la moral<sup>67</sup>. Creo advertir que no podría ser

<sup>67</sup> La concepción benéfica y pedagógica de la pena acaso puede ser sustraída a la objeción de instrumentalizar al ser humano individual y, por tanto, a la acusación de conculcar el principio de inviolabilidad de la persona porque se impone en interés único y exclusivo del delincuente, que debe ser resocializado, pero tampoco es una justificación legítima de la pena porque va acompañada de una concepción represiva de la función pedagógica por cuanto busca alterar la personalidad del delincuente (recuperarlo, reeducarlo, resocializarlo), lo cual conculca el principio de autonomía de la persona, que prescribe que cada individuo tiene la libertad para decidir qué hacer con su vida e imprimirle un rumbo, siendo la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana intrínsecamente valiosa. El estado debe permanecer neutral y no debe interferir con esa elección y adopción; por consiguiente, sólo intervenir para impedir que los hombres se dañen entre sí, nunca para moldear la personalidad del reo. Para la crítica de la teoría de la prevención especial positiva, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 264, ss.; R. BERGALLI: *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, Universidad Complutense, 1976; F. MUÑOZ CONDE: "La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito", en AA.VV., *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982.

de otra manera porque el ir a contrapelo de dicho principio está condicionado por su sello de índole utilitarista, ya que el utilitarismo es, en el fondo, antiindividualista, lo que lo pone en las antípodas de la ética de respeto y valoración del individuo propugnada por el liberalismo. Me parece que, de manera general, este planteamiento es extensible a la violencia como monopolio del poder central (la que se ejerce como pena, guerra, represión, terrorismo de estado, etc.), por cuanto, ella está determinada por la categoría de medios y fin, vale decir, su uso devendría justo en tanto sea medio para obtener un fin justo, con lo cual participa de la máxima de que “el fin justifica los medios”, ubicándose en los dominios del utilitarismo.

El utilitarismo tiene por idea fundamental que cuando las instituciones más importantes de la sociedad están estructuradas de manera que obtienen el mayor balance neto de satisfacción distribuido entre los individuos pertenecientes a ella, entonces la sociedad está correctamente ordenada y es, por lo tanto, justa. Esta idea fundamental conlleva que no importa cómo se distribuya la suma de satisfacciones entre individuos. La distribución correcta en cada caso es la que produce la máxima satisfacción, la que maximiza la suma de ventajas. Por ejemplo, es mejor una sociedad de cuatro individuos en la que uno de ellos obtenga cuatro unidades de utilidad y los otros nada, que una sociedad en la que cada uno de sus cuatro integrantes tenga una unidad de utilidad. Aplicada esta concepción a la cuestión que nos interesa, tenemos que no hay en principio razón por la cual, infligir daño y sufrimiento físico a unos pocos de manera deliberada, no pudiera ser considerado correcto si ello implica un mayor bien compartido por muchos; es así como pretende compensar el daño y el sufrimiento causado por la violencia a individuos concretos (“el menor número”) con el beneficio de que gozan otros (“la mayoría de la sociedad”). Este razonamiento no toma en cuenta que sólo hay compensación cuando se gratifica a la misma persona y lo que hace es desentenderse de las consecuencias desventajosas en términos de dolor y daño físico para los individuos que no entran dentro de ese mayor número: la minoría desviada en el caso de las penas, los civiles inocentes sacrificados en

la guerra, los soldados convertidos en carne de cañón por el propio aparato burocrático-militar en la guerra, para recordar los ejemplos aquí expuestos. Siguiendo los razonamientos que he indicado es como el utilitarismo justifica el sacrificio de unos individuos proveniente del ejercicio de la violencia en aras del superior beneficio de otros en términos de orden social, seguridad pública, e ideas semejantes.

Visto de fondo, el utilitarismo es antiindividualista por cuanto toma como unidad moral y política a la sociedad en su conjunto y no a los individuos, y porque no considera seriamente la distinción entre individuos, que justamente en cuanto tales, son entes únicos, irreductibles que tienen una sola existencia. Por supuesto, este antiindividualismo es radicalmente rechazado por el liberalismo, ya que hay sólo personas individuales, diferentes personas individuales, con sus propias e irreductibles existencias individuales. Usar a un individuo en beneficio de otros es usarlo a él y beneficiar a otros, y nada más. Con el empleo de la violencia lo que ocurre es que se le irroga a un individuo un mal (en nombre de cualquier esclarecido propósito) por el bien de otros. Hablar de un bien social, de un fin de utilidad social superior disimula esta situación. Otra vez es preciso insistir en que los individuos no pueden ser sacrificados por los demás porque cada miembro de la sociedad tiene una inviolabilidad fundada en principios de justicia, la cual no puede ser anulada, ni siquiera por el bienestar de cada uno de los demás. Como dice RAWLS, “La justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se convierta en correcta por el hecho de que un bien mayor sea así compartido por otros. El razonamiento que pondera las pérdidas y ganancias de diferentes personas como si fuesen una sola queda excluido”<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, 1ª. ed., Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 46. Esta crítica a la violencia con base en su raigambre utilitarista se apoya en la veta liberal abierta contra el utilitarismo por RAWLS, *Teoría de la justicia*, apartados 5, 6 y 30, y R. Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, 1ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 41-47.

En conclusión, la violencia es un mal y sigue siendo tal, aunque sea ejercida como monopolio por el estado con el cometido de crear orden social y asegurar una convivencia pacífica. Creo, pues, que la violencia es inmoral, aun cuando sea un medio para fines justos. Este juicio negativo proviene del principio de dignidad humana que prohíbe usar el dolor físico, irrogar sufrimiento deliberadamente a otro hombre, pues ello afrenta su humanidad. Y del principio de inviolabilidad de la persona, que en su preocupación moral fundamental hacia el ser humano individual postula la *congruencia entre medios y fines*: el fin por el que los hombres organizados en la sociedad política se esfuerzan y luchan tiene que determinar y definir también la naturaleza de los medios empleados para obtenerlo<sup>69</sup>. La violencia no ingresa en el campo de los medios justos y, por lo tanto, no debe ser el instrumento con ayuda del cual perseguir fines anhelados como la convivencia pacífica, la seguridad o la justicia. Aunque nada nos dé razones para confiar en que ella va a desaparecer de las relaciones entre los hombres y del funcionamiento del aparato político-institucional, la opción coherente con el respeto del valor de uno solo, del individuo, es esforzarnos en hacer disminuir la violencia, que es dolor infligido por el hombre, provenga de donde provenga. Me parece que ser un liberal coherente reclama decir radicalmente no a la violencia como instrumento de estado para obtener determinados fines políticos, por muy elevados y encomiables que sean. Es preciso tener el valor civil de proclamar que la violencia organizada en monopolio no es legítima y que en el plano del discurso ético y político (y la palabra tiene peso específico, no lo olvidemos) nos negamos a cubrir los daños físicos, los dolores deliberados, impuestos finalistamente e institucionalizados con el manto sacro de la legitimidad y del derecho.

#### 4.2 El peligroso arsenal de la violencia: el mal en sentido político

Los males que causa el empleo de la violencia por parte del estado a hombres concretos de carne y hueso aparecen justificados en el

pensamiento político como necesarios para conjurar males mayores, como la guerra perpetua de todos contra todos o las reacciones punitivas informales y desenfrenadas. Se piensa que sin la constitución del monopolio de la violencia al interior de esa compleja unidad política que es el estado, parece que la dispersión social, la multiplicidad de poderes y el enfrentamiento permanente serían inevitables. No obstante, como en todos los más importantes asuntos humanos, la que se presenta como solución a un grave problema de la convivencia social y política entre la diversidad de los hombres a la vez arroja luces y sombras sobre la suerte de éstos, y a veces son las sombras las que terminan imponiéndose.

Ciertamente, allí donde la violencia se confía al poder público estatal, que es donde los hombres actúan conjunta y organizadamente generando una enorme concentración de poder, se incrementa el potencial que ella tiene porque se ejerce de manera autorizada con las prerrogativas del poder público y se destinan los recursos públicos a organizar y mantener el aparato profesional dedicado a su manejo, con lo cual puede llegar a crecer y a desplegarse de manera ilimitada hasta convertirse en el centro de toda acción política, deviniendo el espacio público-político mismo un lugar de violencia<sup>70</sup>. Quiero decir, pues, que la violencia depositada en manos del estado pasa muy fácilmente de ser, como se pretende, un mal necesario a ser un mal absoluto, siendo ya también un mal en sentido político. Cuando digo político, estoy asumiendo que el mal no se restringe a la dimensión ética: el mal es, desde un cierto punto de vista, siempre político (aunque evidentemente no se puede dar vuelta y decir que la política es un mal) no sólo porque las más terribles explosiones del mal han alcanzado magnitud colectiva (el siglo XX ofrece ejemplos abundantes: el genocidio contra el pueblo armenio, el holocausto, el terrorismo de estado practicado por las dictaduras y democracias autoritarias en América Latina), sino también porque el mal suele aparecer en forma de una organización

<sup>69</sup> Así, PAPACCHINI, "¿Existe un derecho a la violencia?", p. 341.

<sup>70</sup> Acerca de este problema, ARENDT, *¿Qué es la política?*, pp. 94-99.

social o de un gobierno que odia la libertad y abomina al ser humano individual<sup>71</sup>.

El paso es relativamente sencillo de dar: hemos visto que la violencia es instrumental, o sea, está determinada por la categoría medios-y-fin, siendo a ella inmanente el peligro de que los medios avasallen el fin, es decir, que en la búsqueda del fin propuesto (orden, convivencia pacífica, seguridad, estabilidad, etc.) el uso de la violencia no arroje los resultados esperados y siendo que los hechos de violencia son irreversibles (transforman el mundo de manera definitiva siendo siempre improbable el regreso al *status quo* anterior tanto por los daños causados como porque generan la violencia de respuesta) se ingresa en una lógica de aumento de la dosis de violencia necesaria para alcanzar el fin propuesto hasta la apoteosis del terror, un tipo de violencia caracterizado por ser totalmente arbitrario y caprichoso, caso extremo de la utilización instrumental de la violencia con fines políticos. Dicho de otra manera, el peligro de la violencia es que si las metas no se logran pronto, se toma el camino de la ascensión a los extremos en busca de modificar el comportamiento de los individuos creando una situación de pánico, parálisis y aislamiento que tenga consecuencias para el sistema social en términos de obediencia irrestricta, ruptura de los vínculos sociales horizontales, atomización extrema de lo social y oclusión de las vías de organización de proyectos políticos alternativos al orden establecido y defendido por el estado, con la consiguiente introducción de su práctica en el seno del cuerpo político entero, sin que importen nada los límites señalados por el derecho. Ante semejante situación la idea de un estado civil o de un orden institucional no es más que una ficción, dado que lo que se instituye es un modelo colmado de una estrategia de la violencia. El paso a la apoteosis de la violencia de estado goza, además, de una cobertura ideológica elaborada en la clave de la tecnología del poder por el pensamiento reaccionario; me refiero a la idea de la *razón de estado*, que hace del bien del estado, identificado con la conservación y acrecentamiento de su potencia, fin primario e

incondicionado de la acción de gobierno, resultando válido cualquier medio con tal de que asegure la obtención de fines políticos como la defensa del equilibrio del poder o su conservación, lo cual sienta las bases para la ruptura de la legalidad, la alteración de las reglas de juego y la pragmática legitimación de la actuación ilimitada de las fuerzas armadas y la policía, con carta blanca para violar los derechos humanos, lo que constituye una negación de la idea de estado de derecho, el cual se guía por el principio de subordinación de los fines políticos al empleo de medios jurídicamente preestablecidos, no indeterminados ni ilimitados, sino vinculados a la constitución, la ley y orientados al respeto de la dignidad humana e inviolabilidad de la persona<sup>72</sup>.

Entre las situaciones de riesgo de desbordamiento de la violencia de parte del estado hay dos particularmente importantes, por sus consecuencias nefastas que adquieren la dimensión de una hecatombe colectiva: la primera se presenta cuando un estado no logra conseguir de manera razonable unas condiciones de convivencia pacífica al interior de una determinada sociedad no sólo conflictiva, sino enfrentada y dividida donde el derramamiento de sangre entre individuos y grupos es una forma cotidiana de relacionarse, siendo la violencia múltiple, indiferenciada e indomable. En la búsqueda del fin de la pacificación interna es muy probable que tanto los gobernantes como determinados sectores de la sociedad clamen por la instauración de un aparato con poderes absolutos para sofocar los grupos generadores de la violencia (haciendo un razonamiento parecido al de HOBBS, antes aludido, de que los poderes omnímodos son un grave peligro para los hombres, pero resultan preferibles a las consecuencias terribles de su ausencia, que es un *perenne bellum omnium contra omnes*), con lo que a la postre se cambian pequeños terrores (las rivalidades a muerte entre individuos o entre micro-poderes sociales) por el terror supremo, aquel ejercido por el aparato del estado con todo su poderío, como ha demostrado en el siglo XX la experiencia de los

<sup>71</sup> Sobre el mal en la política, ESPÓSITO, *Confines de lo político*, pp. 151-168.

<sup>72</sup> Acerca de la oposición entre razón de estado y razón jurídica, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 807, ss.

totalitarismos, los fascismos y las dictaduras militares del tercer mundo<sup>73</sup>.

La segunda situación concurre cuando el poder estatal constituido es desafiado por la insurgencia armada, que impugna su legitimidad y entra a disputarle su carácter de monopolio del poder público, propugnando una toma revolucionaria del poder; si consentir a una autoridad política es lo mismo que prometer obedecerla, la subversión no consiente la autoridad política ni se compromete a obedecerla, es decir, hay una voluntad manifiesta de no someterse al orden estatal y a sus intentos de dominio, manteniendo abierta la posibilidad de combatirlo con las armas. En estos casos el estado, lejos de tomar una opción democrática (consistente en el tratamiento político negociado para instaurar soluciones a las reivindicaciones sociales, políticas, económicas y culturales del grupo insurgente, que aminoren o pongan fin a la situación de conflicto) puede llegar a tomar una alternativa autoritaria, en aras de conservar las posiciones de hegemonía política y económica y el orden jerárquico existente posiblemente afincado en la desigualdad y exclusión de amplios sectores sociales, acudiendo al tratamiento militar para exterminar a los beligerantes, clausurando esta rebelión a causa de la extinción misma de los rebeldes y toda futura rebelión gracias al mensaje ejemplarizante que se emite para aquellos que quisieran seguirles mañana. Esa alternativa guerrerista generalmente implica una confrontación dirigida a la destrucción de las bases materiales y morales del poder adversario, por lo que la acción de exterminio no se circunscribe a los alzados en armas, sino que se extiende en contra de amplios sectores de población civil desarmada y pacífica, que están o podrían estar en áreas de influjo territorial o ideológico de los grupos subversivos, con lo cual una mayoría del tejido social, previamente seleccionada, termina siendo sometida al más implacable exterminio. Ejemplo de ello es lo acontecido en los sangrientos conflictos armados internos desarrollados en la segunda

mitad del siglo XX en América Latina: El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Colombia donde el estado ha ejercido una violencia ilimitada para derrotar a la subversión.

En las dos situaciones descritas el aparato estatal explota la amenaza última y generalizada que sirve para establecer una situación permanente de terror en la cual queden rotos los vínculos sociales de solidaridad y se defina la organización que pueda sin repulsa con la muerte o su amenaza incesante; puesto que el terror es total, la solución será definitiva: el orden no puede nacer más que de la aniquilación, y para instaurarlo se hace necesario el ejercicio de *poderes salvajes*. Así que suelen implantarse aparatos de represión que ejercen sus tareas de manera bifurcada, aunque complementaria: de un lado, el establecimiento en el plano de la legalidad de un permanente estado de excepción, acompañado del uso generalizado y draconiano del castigo estatal, v. gr., la pena de muerte, cadena perpetua, cárceles de máxima seguridad, encarcelamientos masivos, juicios y pruebas secretas, premio a la delación, todo ello guiado por técnicas inquisitivas y métodos de intervención típicos de la actividad policial, en una combinación de dispositivos legales dirigida a tomar criminal cualquier acto de disidencia y a usar el instrumento punitivo para obtener rendimientos en términos de orden público, disciplina, desactivación de la protesta popular, etc. De otro lado, sectores de las fuerzas armadas, de la policía y de los cuerpos de seguridad llevan a cabo un feroz trabajo represivo, operando de manera subterránea y en contra de toda legalidad mediante una tecnología del terror que combina retenes militares y tanques por doquier, registros domiciliarios sin orden judicial, detenciones arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias, todo lo cual paraliza anticipadamente no sólo la crítica pública u oposición potencial sino ya la interacción social misma.

Frente a una y otra situación el control social salvaje ejercido por el estado puede llegar a alcanzar el fin de frenar la belicosidad social, de cerrar el recurso a la venganza privada y hasta impedir la comisión de delitos, pero a costa de instaurar en la sociedad una especie de paz de los sepulcros y de aniquilar la libertad de todos, que es también libertad

<sup>73</sup> Así, M.T. URIBE, "Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz", en *Estudios Políticos*, núm. 13, Medellín, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, 1998, p. 15.

física de transgredir las normas. Aquí se presenta la que podríamos denominar *paradoja de la pacificación*, que consiste en despojar a los hombres del recurso a la guerra y a la venganza privada por medio de una violencia abierta y extrema ejercida por el aparato estatal. Esta es una vía expeditiva para construir el monopolio estatal de la violencia. Es cierto que en estos casos un tal monopolio no puede calificarse de legítimo, pero no puede perderse de vista que se puede llegar a una tal situación a causa de hacer del estado concesionario exclusivo y legal del instrumento de la violencia y de erigir el orden (en lugar de la libertad) en el valor básico guía de la política y de la acción de gobierno. Sobre esto último quisiera decir dos cosas.

En primer lugar, el valor del orden es externo y secundario al de justicia, ya que sólo hay orden cuando se satisfacen principios de justicia. Instaurar orden social sin pronunciarse sobre la justicia o injusticia del mismo generalmente equivale a hacerse a una autoridad fuerte para garantizar la pervivencia de un estado de cosas signado por la desigualdad, la exclusión, la violencia y la humillación de seres humanos. No pasemos por alto que una sociedad esclavista o que practica el *apartheid* puede ser una sociedad con orden y externamente pacífica pero ilegítima, por no satisfacer elementales principios de justicia como el principio de dignidad humana, que prohíbe que unos hombres ubiquen a otros hombres dentro del derecho de cosas y se arroguen el poder de ser dueños de ellos. En segundo lugar, la posesión y uso autorizado de los implementos de la violencia aumentan el poderío humano poniendo a unos hombres en manos de otros y no hay en lo social y en lo político un antídoto definitivo contra los desbordamientos del poder. Es que el poder es algo malo, sea quien sea el que lo posea, puesto que siempre está expuesto a decaer en tiranía. Mucho poder y mucha autoridad son una amenaza estable e ilimitada a las libertades individuales y nada mejor para demostrarlo que la violencia, la manifestación más flagrante de poder<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Sobre las visiones básicas del poder como bueno o malo en sí mismo y el estado como fin o como medio, véase FERRAJOLI en la distinción que lleva a cabo entre doctrinas políticas auto-poyéticas y hetero-poyéticas, en *Derecho y razón*, pp. 880, ss.

Por todo lo dicho acerca de la violencia como mal en sentido ético y como mal en sentido político considero impropio asociar el calificativo de legítimo al monopolio del estado sobre la violencia. Queda la sensación de que lo que se busca racionalizar (o encubrir, según se vea) con la legitimidad es el hecho de que la violencia hace parte de lo político y lo institucional porque las relaciones de poder implican fenómenos de antagonismo, de rivalidad, de enfrentamiento entre individuos, grupos y clases, y esas luchas y rivalidades en su punto de máxima tensión, desembocan en el uso de la violencia como mecanismo para imponer la voluntad al adversario y resolver de esa manera el conflicto por el dominio<sup>75</sup>. A este respecto, la violencia es la manifestación más escueta de las relaciones de poder que irrumpe cuando se está luchando por construir un gran aparato de poder<sup>76</sup> o cuando el poder de ese aparato se está perdiendo. Es el mecanismo al que los gobernantes suelen acudir para mantener el orden constituido reprimiendo los movimientos y fuerzas sociales que cuestionen ese orden y que pudieran potenciar un cambio en las relaciones económico-políticas entre las clases sociales o desequilibrar el poder. Se trata de una violencia *ex parte principis*, o sea, que sirve a la conservación del poder central para obtener la obediencia que el poder político no consigue con la creencia en la legitimidad de parte de amplios sectores

<sup>75</sup> Vid. M. FOUCAULT, "La guerra en la filigrana de la paz", en *Genealogía del racismo*, pp. 51, ss.; C. SCHMITT, *El concepto de lo político*, 1ª. ed., 2ª. reimp. (en "Ensayo"), Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 49, ss.

<sup>76</sup> Se trataría de las que ELIAS (*El proceso de la civilización*, pp. 353-355) denomina "luchas de exclusión" por la constitución del monopolio permanente del poder central en la cual se acude a la violencia abierta entre grupos políticos rivales para acumular las oportunidades de poder en un número cada vez menor de manos hasta concentrarlas en una sola. La experiencia histórica indica que la construcción de los estados es fruto de procesos de largo desarrollo sellados con el empleo de la violencia: derramamiento de sangre y devastación en forma de guerras, revoluciones, regicidios o genocidios. La violencia es un acontecimiento generador de la mayoría de estados, del orden y el derecho fundados en el interior de éstos. Véanse, T.B. BOTTOMORE, *Introducción a la sociología*, 10ª. ed, Barcelona, Península, 1989, pp. 211, ss.; DOWSE/HUGHES, *Sociología política*, pp. 499 y 505.

de la sociedad, por medio de la cual dispersa las contradicciones sociales y las luchas que ellas suscitan en el sistema capitalista. Por eso, las relaciones del estado con la violencia van desde su uso como garantía última del orden social, aunque empleándola como instrumento mínimo y residual en tiempos de calma política y social, hasta el uso constante de la misma como instrumento de gobierno que desemboca en terrorismo de estado cuando es la permanencia del poder la que está en entredicho. Tiene, pues, el estado dos potencias tremendas a propósito del ejercicio de la violencia: la regla y el terror. Y de los vaivenes entre estos dos puntos, dependen, en medida considerable, la vida, la integridad, la libertad, la dignidad y la inviolabilidad de la abrumadora mayoría de los hombres que pueblan el planeta. Sin embargo, la distancia entre estos dos puntos no es tan vasta como se pretende: la idea misma del monopolio de la violencia se afina en el respaldo de poderes fuertes, unitarios y capaces de atemorizar para frenar la supuesta o la real belicosidad social; por consiguiente, se justifica cuando es precisa la “mano dura”, que es el otro nombre del autoritarismo (no en vano su formulación inicial se debe al absolutista Hobbes). Y del autoritarismo al terror de estado el paso es muy breve. Eso lo sabemos con razones fundadas los latinoamericanos.

## Problemas metodológicos en la prueba del dolo\*1

José Manuel Paredes Castañón\*\*

1. Pretendo examinar en este trabajo las dificultades para hacer valer la definición usual de los elementos subjetivos que fundamentan la responsabilidad (en la que los mismos son concebidos como “hechos psíquicos”) en el plano probatorio. Para abordar el problema por algún punto que nos resulte tangible, comencemos por plantearnos cómo encaramos habitualmente la valoración de estos dos “casos académicos”, levemente diferentes entre sí:

**CASO PRIMERO:** El sujeto A dispara contra la cabeza del sujeto V (sobre la que hay una botella, a la que en principio debe dar), conociendo que existe una probabilidad del 40% de alcanzar a la cabeza y no a la botella. Sin embargo, A desearía no alcanzar a la cabeza de V, sino a la botella. Pese a

---

\* Publicado originalmente en el volumen XVIII (2001) del Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid, España).

\*\* Catedrático de Derecho penal, Universidad del País Vasco (España).

<sup>1</sup> Sobre este tema, presenté una primera ponencia en el III Seminario Interuniversitario de Derecho Penal, en la Universidad de Alcalá, el día 30 de junio de 2000, por lo que debo agradecer sus comentarios y observaciones a cuantos allí intervinieron. Más adelante, debo destacar especialmente a dos personas por sus aportaciones –acaso no dolosas– a la culminación de este trabajo: el Prof. Dr. García Amado, que leyó la versión inicial del mismo y me animó a concluirlo; y la Prof. Dra. Egido Fernández que, precisamente por no ser jurista ni filósofa, me obligó a discutir este tema con alguien a quien sólo con razones atendibles podía convencer.