



# 10

### LA JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DOLOR EN LAS SANCIONES PENALES.

*The justification of the use of pain in criminal penalties.*

**Fernando Ponçano Alves Silva**

Mestre em Criminologia e Sociologia Jurídico-  
Penal pela Universitat de Barcelona. Advogado.

#### RESUMEN

---

En este artículo se pretende analizar algunas razones por las cuáles se sigue utilizando el dolor en la aplicación de las sanciones penales, actual e históricamente. Aunque lo nieguen, los operadores del sistema penal trabajan básicamente sobre el dolor y el hacer sufrir. Por este motivo, se hace un estudio sobre los conceptos de ‘dolor’, ‘sufrimiento’, ‘vulnerabilidad’ y sus relaciones con el Derecho, sobre todo el Derecho Penal. De esta forma, se intenta iluminar y comprender mejor la lógica (si es que la hay) por detrás de la justificación del uso diseminado del dolor en las sanciones penales.

**PALABRAS CLAVE:** sanción penal; dolor; sufrimiento.

## **ABSTRACT**

---

*This article aims to analyze some reasons why the pain is used in the application of criminal sanctions, currently and historically. Although it is denied, the criminal justice system operators basically work with the infliction of pain and intentional suffering, trying to dose it. For this reason, the current article represents a study of the concepts of 'pain', 'suffering', 'vulnerability' and its relations with the Law system, especially Criminal law. In this way, this work try to illuminate and understand the logic (if any) behind the justification of spread use of pain in criminal sanctions.*

**KEYWORDS:** *criminal punishment; pain; suffering.*

## **SUMARIO**

---

1. Introducción. 1.1 Cuestiones terminológicas: dolor, sufrimiento, vulnerabilidad y Derecho. 2. El dolor y la construcción social del sufrimiento. 3. Vulnerabilidad. 4. Derecho y dolor. Conclusiones. Referencias.

## **SUMMARY**

---

*1. Introduction. 1.1 Terminology questions: pain, suffering, vulnerability and Law. 2. Pain and the social construction of suffering. 3. Vulnerability. 4. Law and pain. Conclusions. References.*

---

## **1. INTRODUCCIÓN**

Las sanciones penales tienen como materia prima básica el dolor y el sufrimiento. A pesar de parecer esa una afirmación dura, la historia y la actualidad del sistema penal están íntimamente conectadas a estas sensaciones desagradables, aunque los actores que actúan en este sistema miren hacia otro lado. Y ese ‘mirar hacia otro lado’ nos impide analizar cuales

significados poseen el dolor y el sufrimiento en nuestra sociedad, así como analizar las razones por las cuáles seguimos apostando en su empleo en el sistema penal. Si se formula como interrogante, la pregunta que se puede plantear en términos históricos, pero también actuales, es: ¿qué resultados se consiguen tras la utilización del dolor en la sanción penal?

El análisis de la respuesta penal estatal nos indica que la asociación pena-dolor ocurre bajo la premisa siguiente: a la ofensa a la norma se ha de responder con dolor, sea físico o psíquico. Es un sistema que propone el dolor como catalizador de un proceso de retribución, resocialización o de simple neutralización, buscando a través del castigo un resultado que se propone socialmente como positivo y deseado.

Esta reacción estatal aparentemente es la respuesta estándar en los sistemas normativos vigentes. Sin embargo, lo que se verifica es una creciente crítica a la legitimidad para seguir haciéndolo, ante el fracaso a la hora de cumplir los objetivos inicialmente propuestos y los altos costes económicos que derivan de este proceso. En resumen, es un proceso caro y que no ha producido el resultado prometido.

Se muestra contradictoria la dinámica que emplea el dolor en la sanción penal como catalizador de cambio de comportamiento de delincuente para no-delincuente. Al revés de lo que se plantea histórica y religiosamente, el dolor no es fuente de conocimiento *per se*, por lo que su mera experimentación no hace a la persona más o menos sabia. Tampoco se puede sostener en términos científicos que el dolor sea una medicina que mejora a los sujetos. Son estas concepciones del uso penal del dolor, reminiscencias históricas que posiblemente siguen teniendo vigencia pese a los camuflajes que han experimentado históricamente en el campo jurídico. El dolor, al que todo indica, no es capaz de producir más que experiencias desagradables, superficiales y negativas.

La sensación desagradable que llamamos dolor comporta algunas consideraciones importantes sobre sus efectos, así como el término ‘sufrimiento’ demanda una observación más detenida sobre cuáles son las variables que efectivamente lo componen. De la misma forma, una reflexión preliminar nos permitiría visualizar que no todos estamos expuestos igualmente al dolor, en sus distintas manifestaciones, hecho que nos indica la existencia de diferentes grados de exposición a las fuentes potenciales y reales de daños, es decir, diferentes grados exposición ante estructuras vulnerabilizantes de contenido jurídico, político, económico y cultural. Podemos ser genéticamente más susceptibles de padecer enfermedades o tener predisposiciones, pero el dolor al que nos referimos específicamente es aquel que se

deriva de las estructuras creadas por los seres humanos. En concreto, a la asociación entre pena y dolor.

Del dolor, sufrimiento (entendido como experiencia del dolor) y vulnerabilidad intenta ocuparse el Derecho, otorgándoles significado y relacionándolos, con una eficacia que merece ser estudiada. Pero la materia prima sobre la cual trabajan los operadores y teóricos del Derecho penal es básicamente esta: el dolor. Aunque no se hable directamente de ello y muchas veces incluso se evite hacerlo, lo que hace el Derecho penal es comparable a la gestión del dolor y del sufrimiento.

### **1.1 Cuestiones terminológicas: dolor, sufrimiento, vulnerabilidad y Derecho.**

Hay términos que usamos cotidianamente a lo largo de toda nuestra vida, no obstante, raramente o nunca reflexionamos sobre sus dimensiones y significados. Son palabras tan presentes en el entorno social, en los medios de comunicación o en las conversaciones, que las utilizamos de forma automática y casi sin pensar en todo el contenido que abarcan y las relaciones subyacentes. No por menos se decidió empezar el presente artículo delimitando qué se quiere decir con algunos de estos términos. En este caso, qué significa hablar de ‘dolor’, ‘sufrimiento’, ‘vulnerabilidad’ y ‘Derecho’<sup>1</sup>.

## **2. EL DOLOR Y LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DEL SUFRIMIENTO.**

La palabra ‘dolor’ comporta una definición biológica, física, de una sensación desagradable. El dolor, según Madrid, puede ser definido primariamente como una “experiencia sensorial y emocional desagradable que está asociada a un daño tisular real o potencial o que queda descrita en estos términos”. Y concluye: “Cuando se hable de ‘dolor’ se estará haciendo referencia a la base neurofisiológica de este fenómeno que es el dolor. Es a partir de su dotación biológica como los seres humanos sienten determinados estímulos como sensaciones desagradables e incluso intensamente lastimosas”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En este artículo se utilizará el término ‘derecho’ de las siguientes formas: ‘Derecho’ para hacer referencia a un sistema normativo y ‘derecho’ para hacer referencia a una norma específica.

<sup>2</sup> MADRID, Antonio (2010), *La política y la justicia del sufrimiento*, MínimaTrotta, Madrid, pág. 21.

Ferrajoli propone una separación interesante acerca del concepto de ‘dolor’, según la cual habría dos tipos distintos, es decir, el “dolor sufrido y el dolor infligido –uno natural, el otro producto de los hombres”<sup>3</sup>.

A estas definiciones haría falta añadir también la dimensión interna, es decir, cómo se da la consciencia de este dolor en el espacio interno del individuo. A la dimensión subjetiva, que incluye (pero no se limita) lo físico y lo psíquico, se la denominará ‘sufrimiento’<sup>4</sup>. En tanto que el psíquico está íntimamente conectado con lo social, es cierto que el sufrimiento también queda influenciado por la cultura<sup>5</sup>.

El sufrimiento correspondería a la carga que llevamos, cómo entendemos y cómo somos entendidos en nuestro dolor individual. Engloba, por lo tanto, tanto niveles biológicos y físicos como también las capas culturales de los individuos.

Aportada una primera definición del sufrimiento, es fundamental relacionarlo con la existencia humana, tanto en su singularidad como en sus aspectos relacionales intersubjetivos.

En este sentido, el lenguaje (la forma desde la que nos comunicamos con los otros sujetos) constituye el mecanismo fundamental de externalización y materialización del sufrimiento en la sociedad.

La expresión en forma de lenguaje, sea cual sea, es algo esencial, vital a la existencia humana. Como el dolor, constituye una capacidad primitiva de los individuos. Esta forma de comunicarse es más que meramente un conjunto de sonidos que objetivamente significa algo y, justamente por esto, es una de las formas más importantes de comunicar el dolor sentido. Por lo tanto, el lenguaje no es tan solo un conjunto de palabras, más bien “son entonaciones, gestos, insinuaciones, seguridades e inseguridades”<sup>6</sup>. Engloba toda una expresión psíquica y física.

Analizándose esta expresión humana se nota que hay diferentes formas de hablar del dolor, según el contexto en el cual se externaliza esta sensación, es decir, es distinto el lenguaje utilizado en los contextos políticos, económicos, jurídicos, religiosos y culturales<sup>7</sup>. Cada espacio institucional tiene sus respectivos códigos y sus formas de hablar que

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi, Carbonell, Miguel (Trad.) (2007), *Derecho y dolor*, ISONOMÍA No. 27, pág. 195.

<sup>4</sup> *La política y la justicia del sufrimiento*, op. cit., pág. 22.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, pág. 23.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, pág. 25.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, pág. 29.

determinan cómo se debe traducir en estos lugares las sensaciones experimentadas por el ser humano.

En una cuestión llevada ante los tribunales, por ejemplo, hay toda una forma de expresar el sufrimiento. Existe un código que es dominado por unos (que lo manejan bien, por ejemplo los jueces, los abogados o los procuradores) y ajenos a otros (que temen el Derecho). Es notoria la forma de hablar de aquellos que pertenecen al ‘mundo jurídico’, como normalmente se definen los juristas (como se hubiera distintos mundos además del que habitamos) y aquellos considerados no-pertenecientes a este ‘mundo’. Se entiende que esta forma de hablar, apelando a los ‘mundos’, tiene el interés de mostrar que la lógica de actuación del jurista es específica de su grupo, y que no son compartidas con otros mundos. Por este motivo, el de los marcos referenciales entendidos como ‘mundos’, los juristas suelen perder de vista que su intervención social tiene que ver, en muchas ocasiones, con el sufrimiento de las personas.

Hay una infinidad de palabras que son peculiares, por lo menos en su semántica y en su pragmática, del Derecho: daño, condena, daño moral, *pretium doloris*... En ocasiones se mantiene el uso del latín, que todavía es empleado y ostentado por los operadores del Derecho, aunque suene irreconocible justamente por aquellos que son (o al menos deberían ser) los destinatarios de la actividad jurídica.

Habría muchos ejemplos a ser mencionados aquí, pero se ha elegido uno personal y más reciente: cierto día se realizó en una universidad de Barcelona una conferencia sobre tema de Derecho penal, oportunidad en que acudieron muchos estudiantes, sobre todo de grado de Derecho. En determinado momento, una conocida profesora de Derecho penal intervino en la ponencia que hacían dos abogados, un sub inspector-jefe de los Mossos d’esquadra (policía existente en la Provincia de Catalunya) y una jueza. Hablaban ellos de los usos que se hace del *habeas corpus* (expresión en latín, que básicamente sirve para nombrar el instrumento jurídico por el cual alguien reclama algún derecho de libertad que se le han quitado ilegalmente), y la profesora quiso explicar a los estudiantes que en la elaboración de tales pedidos no son necesarias formalidades y que puede ser hecho por cualquiera sin necesidad de representación de abogado. Para explicarlo, sacó una copia de un *habeas corpus* hecho por un preso y empezó a leerlo. Evidentemente, el pedido dirigido al juez estaba repleto de errores idiomáticos, empezando por la denominación *habeas corpus* que el preso había escrito como ‘ave escorpio’. La profesora, entonces, leyó el pedido burlándose de la

precariedad del escrito, mientras todos los demás, conferenciantes y estudiantes de grado, carcajeaban.

En este ejemplo queda evidente que había una forma de expresar lo que sentía el preso en su propia piel, un lenguaje específico adecuado al ambiente jurídico que el detenido no supo dominar. De hecho, se notaba que el propio preso sabía que no podía manifestarse según el lenguaje que conocía, seguramente más objetivo y directo, sino que debería intentar expresarse en la misma lengua de aquellos que justamente podrían sacarlo de la cárcel. Y lo intentó, dentro de todas sus limitaciones. Sin embargo, para los destinatarios de su comunicación no fue más que objeto de risa, por todos sus errores, que para ellos, lo descalificaban. Si se habla de ‘mundos’, era evidente que esta persona no pertenecía a ese mundo<sup>8</sup>. Igualmente se extrae del ejemplo, además de la relación entre individuos que tienen lenguajes diferentes para hablar del sufrimiento, que la profesora también estaba diciendo a sus alumnos y futuros juristas que ellos tienen un lenguaje propio y distinguido de las demás personas. Los que no lo dominen, estarán fuera del grupo.

La relevancia del contenido subyacente a las palabras relacionadas al sufrimiento se nota también en un término bastante presente en la vida social. Hay capas ocultas, sociales, económicas, raciales, entre otras, en palabras como ‘accidente’, ‘tragedia’ y ‘fatalidad’.

Acerca del empleo del término ‘accidente’, se explica que:

La asociación entre las ideas de ‘tener mala suerte’ y ‘tener accidentes’ encierra un problema: presentar los accidentes como cuestión del azar, de la mala suerte, como algo imprevisible. Es cierto que el azar interviene en la causación de determinados daños, pero esto no es extensible de forma genérica a los accidentes laborales, los accidentes de tráfico, de petroleros, de centrales nucleares... De lo contrario, los trabajadores de la construcción o los transportistas serían personas con muy mala suerte.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse la obra de Pierre Bourdieu. Pongo como ejemplo el estudio: BOURDIEU, Pierre, Ruiz de Elvira, María del Carmen (trad.) (1991), *La Distinción: criterios y bases sociales del gusto*, Taurus, Madrid.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, pág. 32.

En los canales mediáticos y en los juzgados, diariamente se presentan casos en los cuales figuran tales palabras. Tanto en uno como en el otro, lo que se nota es la elección de la forma de definir cada situación como algo relacionado ‘al azar’ de la vida o como una situación que claramente tiene un responsable por causar el sufrimiento ajeno. Esta elección está relacionada con criterios de poder económico y político tanto del causador del sufrimiento como del que sufre con el hecho.

El poder económico y/o político (factores generalmente preponderantes en la determinación del *status* social de la persona) del que causa sufrimiento influenciará en la ‘imparcialidad’ de la sociedad en comprender lo ocurrido y en la respuesta a los implicados. Tanto lo es que ya en el siglo XVIII los nobles tenían expectativas de castigo distintas en relación a los ‘comunes’, es decir, que en caso de condena se les aplicase cárceles con mejores condiciones, multas en vez de azotes, entre otros privilegios. Se esperaba desigual tratamiento ante el sistema penal de la Inglaterra del siglo XVIII y en el apartheid legalizado de los EE. UU. del siglo XX. De cualquier forma, las diferencias en el trato del sistema penal siguen, aunque de forma disimulada, basándose en parte en criterios raciales y económicos<sup>10</sup>. El grado de reconocimiento social del que sufre determinará la importancia que otorga la sociedad a su sufrimiento.

Hay que cuestionar los ‘accidentes’ con los obreros en las fábricas o en las construcciones: ¿Son un grupo de personas particularmente azarados o, por su bajo *status* social, son personas desechables? ¿Las decenas de miles de inmigrantes africanos que mueren intentando llegar al continente europeo en las ‘pateras’ tienen una muerte ‘trágica’ o son muertes plenamente evitables ante una revisión de la forma europea de ver la inmigración? La muerte de una persona que vive en la periferia de una ciudad y muere víctima de un disparo en medio a una acción policial ¿esta muerte es producto de una ‘fatalidad’ o de una brutalidad estatal-policial? Lo que se observa en el empleo de tales palabras es que hay muchas dimensiones subjetivas en su utilización y que cambia según el *status* de aquellos que causan y de los que experimentan el sufrimiento. Sin embargo, este es un análisis que pasa desapercibido e incluso muchas veces se reproduce tal lógica capciosa sin que se note. No se ha de olvidar que el Derecho es un instrumento de tratamiento y reconocimiento (o no reconocimiento) del sufrimiento de las personas en atención a una pluralidad de factores. En

---

<sup>10</sup> GARLAND, David, (1999), *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, Siglo Veintiuno, Madrid.

términos históricos, la lucha por los derechos ha sido una lucha orientada a conseguir mejorar la vida de las personas, poner remedio a fuentes reales de padecimiento.

De esta forma, es delicado el uso de tales palabras, sobre todo en tiempos de precarización de las relaciones de trabajo, bajo pena de incurrir en imprecisión y desplome con la realidad. Por lo tanto, “el uso del concepto de ‘accidente’ ha de ser muy restrictivo, especialmente en una época como la actual en la que se incrementan los riesgos a los que queda expuesta la población”<sup>11</sup>. Lo mismo debe ocurrir con las palabras ‘tragedia’ y ‘fatalidad’.

Acerca del sufrimiento en la sociedad, ¿se podría decir que su representación estaría constituida por la mera unión de los sufrimientos individuales? La respuesta es negativa, pues el sufrimiento depende más de la construcción social que de una simple suma cuantitativa<sup>12</sup>.

El tiempo nos muestra que el sentir dolor sigue siendo básicamente igual en la historia humana, ya que los mecanismos que activaban esta sensación en nuestros antepasados permanecen presentes en nuestra estructura de funcionamiento actual. Sin embargo, las respuestas, las reacciones ante el dolor sí cambiaran, y mucho. Antiguamente las respuestas mágicas y religiosas dominaban la forma de construir socialmente el dolor, respuestas estas que han cambiado bastante a lo largo de la historia humana. En la modernidad, surge una nueva fuerza, una nueva religión (la ciencia, como expone Souza Santos<sup>13</sup>), responsable de ejercer una creciente influencia sobre la sociedad y las experiencias individuales, influyendo con bastante expresividad en el quehacer con el sufrimiento. En concreto, la difusión de las medicinas y los tratamientos farmacológicos y quirúrgicos, así como la creación de una sociedad altamente medicada, es uno de los diversos ejemplos de esta transformación.

También es interesante la relación entre dolor y aprendizaje. Históricamente, aparece expresada la idea según la cual existe una asociación entre sufrir y alcanzar la sabiduría. El sufrimiento enseña, ilumina, pues el dolor nos pone en contacto con nuestras dimensiones más originales y límpidas, por lo que sería el camino hacia el conocimiento para aquellos que saben interpretarlo. Esta es una lógica bastante presente en el imaginario social: que el sufrir

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*, pág. 33.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, pág. 33.

<sup>13</sup> En el principio del siglo XIX la nueva religión que se sobreponía sobre el “bien y el mal” era la ciencia, forma de pensamiento solidificada después de la separación entre los poderes seculares y religiosos. El análisis de los problemas sociales y de la política suponía entonces la conversión de los hechos observables en problemas técnicos o científicos. Esta es una de las “características fundamentales de la modernidad”, (SANTOS, Boaventura de Sousa (2002), *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, 4ª Ed., Editora Cortez, São Paulo, pág. 52).

siempre tiene algún significado positivo. El viejo dicho popular ‘no hay mal que por bien no venga’ es un ejemplo de lo presente que está esta tradición lógica, asociada a “una de las primigenias aspiraciones de la humanidad: liberarse del yugo del mal”<sup>14</sup>.

Evidentemente esta ecuación en la cual el sufrimiento resulta en sabiduría no se verifica en la realidad. Ni tampoco se puede afirmar que en todos los casos produce comportamientos de sumisión en los individuos. Vale destacar el testigo de un ex combatiente que reflexionaba sobre el sufrimiento y sus posibles consecuencias: “Tampoco se puede afirmar que el sufrimiento per se provoque humildad y piedad en los seres sufrientes. El sufrimiento puede embrutecer sin remedio”. Vivir experiencias traumáticas normalmente genera más cuestionamientos sin respuesta que conocimiento al individuo. En este sentido ha concluido el ex combatiente, afirmando que “el paso por el infierno de la guerra le había enseñado que el sufrimiento tenía un poder muy limitado para expiar y purificar y que en el mejor de los casos no suele dejar rastros ni para el bien ni para el mal.”<sup>15</sup>.

Así, aunque muchos creen que el sufrimiento transmite conocimientos que hacen a uno más sabio, esto no es algo que se refleja en la realidad. Sin embargo, el sufrimiento sí puede funcionar como un catalizador en la aglutinación de grupos sociales. Presentes determinadas “circunstancias materiales, culturales, económicas”, el sufrimiento colectivo puede ser manejado y dirigido hacia objetivos específicos. El sufrimiento hermana y crea identidades, pero para ello, los seres sufrientes tienen que reconocerse recíprocamente. Y este proceso de unión hacia un objetivo común “se intensifica cuando se identifica a un enemigo como el causante del sufrimiento colectivo. Se produce entonces una separación entre nuestro sufrimiento y el sufrimiento de los otros, el de los enemigos.”<sup>16</sup>. Este mecanismo, por ejemplo, legitima y favorece la expansión de teorías penales como las de Günther Jakobs, que prosperan en sociedades en las cuales se sufre con la ‘inseguridad permanente’ (sea real o ficticia). Este autor, como ya ampliamente sabido, es el principal difusor del llamado ‘Derecho penal del enemigo’.

Entender el sufrimiento ajeno pasa por la propia experiencia individual de sufrimiento, lo que nos puede llevar a ‘buenas acciones’, tales como el perdón y la compasión. Sin

---

<sup>14</sup> *La política y la justicia del sufrimiento*, op. cit., pág. 34.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, pág. 37.

<sup>16</sup> *Ibíd.*

embargo, tal relación entre experiencia personal y ajena puede llevar también a sentimientos negativos y de rechazo al otro, como la venganza y la crueldad<sup>17</sup>.

El hecho es que asociar el sufrimiento a un mecanismo de aprendizaje es equivocado. Ante el dolor, justamente por ser una sensación de las más primitivas y vitales al ser humano - como ya se ha dicho aquí-, el individuo se ve tomado por la necesidad de dar fin a tan desagradable situación, poco importándole la forma que logrará hacerlo. La cuestión física ejerce un dominio ante la capacidad de razonar del individuo, por lo que sus decisiones y actitudes no serán equivalentes a aquellas que adoptaría en una situación de ausencia de dolor. En un caso de tortura, por ejemplo, hay gran probabilidad del sujeto decir aquello que quiere escuchar el torturador; no porque corresponda a la realidad y sea la tortura el medio que trae a la superficie la verdad, sino porque aquel que siente el dolor probablemente está centrado únicamente en hacer cesar la sensación de dolor. Y de esa forma, seguramente muchos fueron los quemados en las hogueras de la inquisición que bajo tortura confesaron todas las herejías que se les fueran falsamente imputadas.

En resumen, sobre el sufrimiento como fuente de conocimiento propone Madrid que el “pensamiento de una persona bajo las emociones desencadenadas por el dolor tiende a ser más limitado racionalmente que el pensamiento de una persona que se encuentre libre de su opresión”<sup>18</sup>.

Sin embargo, está muy presente en la sociedad occidental el uso del dolor como herramienta de determinación de la verdad. Así es que durante cierto tiempo, en Francia, la comprobación de la paternidad del niño o niña nacidos fuera del matrimonio se hacía ante un juramento que tenía lugar en el momento del parto, cuando la mujer experimentaba gran dolor e incluso peligro de muerte. Pasar por el juramento tenía relevante valor probatorio, pues se entendía que bajo el dolor físico intenso sumado a la posibilidad de morir como una mentirosa (lo que traería problemas de orden religiosa en la muerte) no podría salir de la boca de mujer sufriente menos que la verdad<sup>19</sup>.

El sufrimiento tiene contenido cultural, como ya se ha dicho anteriormente, por lo que la producción, el manejo y la reacción ante el dolor se quedan sujetos a las formas y procesos sociales creados para cada situación en la que ocurre esta desagradable sensación. La

---

<sup>17</sup> *Ibíd.*, pág. 38.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, pág. 39.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, pág. 41.

aplicación de una pena, por ejemplo, es una forma de causar deliberadamente una sensación de dolor en una persona, pero es un hecho totalmente legal, regulado y ritualizado por normas jurídicas. Este ‘fabricar’ dolor debe ser analizado desde los aspectos biológicos del dolor hasta los aspectos culturales del sufrimiento para buscar comprender por qué “las personas y las comunidades, pese a compartir la misma dotación biológica, ‘fabrican’ de formas distintas sus experiencias de dolor”<sup>20</sup>.

La comprensión de tal concepto permite que se eche una mirada más consciente hacia cómo las diferentes sociedades, por ejemplo, manejan la respuesta penal, el castigo sobre aquellos que quebrantan alguna norma. En el mundo actual es fácilmente visible que hay países que aplican penas con agresividad y dureza mientras otras naciones elaboran respuestas a los delincuentes atrapados por el sistema penal que son marcadamente menos agresivas. Ahí se identifica cómo ante el mismo hecho ‘delictivo’ se aplica un sufrimiento distinto a los delincuentes, según cuestiones culturales de cada colectivo social.

El causar sufrimiento sigue siendo largamente empleado en las sociedades occidentales como respuesta a aquello que se define como ‘malas acciones’. Todo estudio de la evolución de las penas en el contexto cultural occidental pasa por el momento histórico en que la religión cristiana se ha impuesto dogmáticamente en los asuntos sociales y estatales. Por esto no es extraño que tal hegemonía en la concepción y en el uso del sufrimiento como respuesta penal haya prosperado y se haya mantenido hasta la actualidad.

La relación del sufrimiento con la religión es principalmente de ofrecimiento de sentido a la experiencia, como es, por ejemplo, el caso de los sacrificios. En la cultura occidental ha sido nuclear la idea cristiana del sacrificio de Cristo, cuyo sufrimiento individual ha sido justificado en el nombre de la salvación de la humanidad. Otras religiones han creado visiones salvíficas similares.

Dotando de sentido la experiencia (fórmula cuya originalidad no es cristiana), la religión ha logrado sacralizar el sufrimiento e instrumentalizarlo como una forma de protección colectiva, de expiación y también de unión del colectivo en torno de aquel ser sufriente. Es en el carácter religioso del sacrificio que:

mediante normas sociales - cuando no jurídicas - se establece qué sufrimientos han de ser valorados, reconocidos y sacralizados, quienes

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*, pág. 44.

quedan obligados a sacrificarse y se espera de ellos que así se comporten, quienes han de ser los destinatarios del sacrificio y en que ha de consistir el mismo<sup>21</sup>.

Retomando el análisis de la palabra ‘dolor’, se observa que su uso comporta dos dimensiones: una objetiva y otra subjetiva. La primera se refiere a una forma descriptiva biológica, que es como la medicina clasifica y separa en niveles determinado dolor. La dimensión subjetiva tiene relación con la manera en la que el sujeto experimenta psicológica y socialmente tal sensación desagradable.

Que el dolor es un hecho natural ya está claro. Su existencia tiene lugar, y queda impregnada, por los revestimientos culturales e institucionales. Donde hay estructura neurológica habilitada a percibir dolor estará presente la sensación desagradable. Sin embargo, en nuestra sociedad, el dolor es más que una simple sensación neurológica, es un hecho social.

La forma como clasificamos y procesamos el sufrimiento es una forma que atiende determinadas expectativas y normas sociales, por lo que se puede decir que corresponde a una forma institucionalizada de manejarlo (entendiendo aquí ‘institución’ como conjunto de reglas que regula la conducta de determinada colectividad<sup>22</sup>). Esto determina el proceso de desarrollo individual y social del sufrimiento, otorgándole cierta orden, salvo, como destaca Madrid, en casos extraordinarios y puntuales de caos<sup>23</sup>.

### 3. VULNERABILIDAD.

El ser humano es un ser vulnerable: puede ser dañado, enferma, muere. Esta vulnerabilidad, en parte, le viene dada por naturaleza. Tanto lo es que decía Schopenhauer “lo único que nos es dado originaria e inmediatamente es la carencia, esto es, el dolor”<sup>24</sup>. Somos vulnerables al propio ambiente natural que nos cerca y a todas las variables que desde ahí emanan. De hecho, la vida humana solo puede existir bajo condiciones naturales bastante específicas y estrechas, por más que hayamos avanzado tecnológicamente.

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*, pág. 53.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, pág. 61.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, pág. 55.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, pág. 63.

Sin embargo, lo que se pone de manifiesto es que somos especialmente vulnerables a un elemento específico: las estructuras que creamos junto a los demás seres humanos. Comparando las causas de sufrimiento y de muerte provocadas por agentes naturales y humanos, tenemos que somos los seres humanos los principales causantes del sufrimiento de los individuos<sup>25</sup>.

Es cierto también que las personas tienen diferentes capas de protección, por lo que la vulnerabilidad es algo que cambia según se miren las condiciones sociales y económicas individuales. Evidentemente, aunque esta realidad se haya cambiado mucho en los últimos años con el surgimiento y ampliación de una población miserable en países del norte, según se cambie geográficamente la mirada, también habrá cambios importantes en los niveles de vulnerabilidad. No por cuestiones relacionadas a variables físicas, sino más bien histórico-políticas.

Pero el hecho es que las personas tienen distintos niveles de protección social, estatal y económico ante la posibilidad de verse dañadas, por lo que se puede decir que la vulnerabilidad es variable y manejable. Una cosa es la vulnerabilidad de los seres humanos y otra su exposición ante los mecanismos vulnerabilizadores. Todos somos vulnerables a la pobreza, por ejemplo, pero es notorio que ser pobre en países con políticas sociales incipientes deja las personas en alto nivel de vulnerabilidad, mientras en países cuyo Estado se hace más presente y oferta mecanismos de acogimiento social, la persona queda expuesta un nivel de vulnerabilidad diferente, más bajo. Por lo tanto, “la generación y/o prevención del sufrimiento al que queda expuesta la gente es un presupuesto y una consecuencia de los modelos de organización social”<sup>26</sup>.

Evidentemente, la organización económica también es muy responsable por el incremento o mitigación de la vulnerabilidad de los individuos. La economía capitalista exige que existan básicamente dos clases de individuos diferentes, una cuya fuerza de trabajo es explotada para generar riqueza y otra que dispone de la riqueza generada por los primeros. Las actividades laborales a que queda expuesto el proletariado componen un abanico de diferentes niveles de riesgos y daños, según la actividad profesional de cada individuo. Vivimos en la era de la llamada ‘globalización’, en que la producción se reparte por diversos lugares físicos, con las empresas ultrapasando libremente las fronteras en busca de

---

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pág. 67.

trabajadores lo más dispuestos posibles a aceptar condiciones precarias de trabajo. Esto genera un número incalculable de personas que queda sometida a actividades laborales que incrementan de forma considerable la posibilidad de daños de todas las especies e incluso a la muerte en razón del trabajo. El hecho de que mueren más trabajadores en países económicamente pobres que en países europeos no es una casualidad, sino que es el resultado de diferentes realidades de protección social, estatal y económica.

Esto demuestra que hay una relación entre el Derecho, vulnerabilidad y, por consiguiente, sufrimiento. Y es una relación de protagonismo esta del Derecho con el sufrimiento, se podría decir incluso que es una relación de carácter fundante. Tanto lo es, que así define Madrid:

Buena parte de los derechos actualmente reconocidos en los textos constitucionales, así como los procesos históricos que han permitido su conquista, guardan estrecha relación con el sufrimiento al que está sometida la población. La genealogía de los derechos recoge en términos históricos las luchas contra el sufrimiento infligido<sup>27</sup>.

Tal entendimiento acerca del carácter fundante del sufrimiento en el Derecho también es compartido por Ferrajoli, al afirmar que:

Toda la historia del Derecho moderno puede ser leída como la historia del desarrollo, en formas siempre más complejas y articuladas, de la estructura institucional de la esfera pública como sistema de respuestas a estos dos tipos de dolor o de males distinguidos por Natoli<sup>28</sup> (en referencia a la distinción entre dolor sufrido y el dolor infligido, ya abordada).

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*, pág. 71.

<sup>28</sup> *Derecho y dolor*, op. cit., pág. 196.

Añade que “no solamente en el plano axiológico, propio de la filosofía política, sino también en el fenomenológico, de la historia y de la sociología jurídica, podemos identificar en el sufrimiento y en el dolor el fundamento y el origen de los Derechos humanos”<sup>29</sup>.

#### 4. DERECHO Y DOLOR

Los derechos fundamentales podrían ser clasificados como derechos de inmunidad o de reducción de dolor infligido. De hecho, los derechos de libertad, el derecho a la vida y a la integridad personal son derechos dedicados a proteger el individuo del daño que le puede causar otra persona. El Derecho penal se encargaría de emplear la coerción para lograr el respeto a tales derechos, bien como serviría para proteger al delincuente de reacciones desproporcionadas de la sociedad ante la ofensa al derecho ajeno<sup>30</sup>.

Siguiendo esta línea, se podría clasificar los llamados ‘derechos sociales’ como expectativas positivas cuyo reto es reducir el ‘dolor sufrido’ de las personas por medio de políticas públicas dirigidas a combatir, por ejemplo, “las enfermedades, la indigencia, la ignorancia, la falta de medios de subsistencia”<sup>31</sup>.

Así es que el Derecho, en cuanto conjunto de normas, encuentra racionalidad si funciona como una herramienta de reducción de sufrimiento en las personas. De lo contrario, el Derecho, según mi opinión, fracasa en unos de sus objetivos esenciales: proteger a las personas frente a las fuentes potenciales y reales de sufrimiento.

Adoptándose esta premisa y la racionalidad que le acompaña, el Derecho penal sería racional y legítimo si funcionara como herramienta de prevención y de gestión del dolor generado por acciones humanas (ya sea de forma directa o a partir de las estructuras creadas), suministrando a la sociedad resultados positivos en comparación a su inexistencia. Por otro lado, el Derecho penal también tendría como función servir de escudo a los presuntos delincuentes, garantizando que se les aplicara la respuesta con el mínimo de dolor necesario que se juzgue necesario para contraponer a la práctica del delito.

Pero la historia del Derecho penal nos muestra que, al menos hasta ahora, no es lo que ha pasado realmente, pues “la historia de los procesos y de las penas – pensemos en lo que

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, pág. 200.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, pág. 195.

<sup>31</sup> *Ibíd.*em.

han sido la inquisición, los suplicios, las picotas, las torturas judiciales – ha sido mucho más cruel e infamante para la humanidad que toda la historia de los delitos<sup>32</sup>.

Además, habría que acrecentar aquí un elemento a la relación entre Derecho penal y vulnerabilidad: la selectividad.

El Derecho penal, en su funcionamiento real, opera seleccionando activamente qué delitos van a pasar por su escrutinio, dejando al margen de su actuación otros muchos acontecimientos sociales que no serán analizados por el microscopio penal. Esta es una cuestión estructural y ocurre porque es imposible 1) saber cuántos delitos se practican cada momento en la sociedad; 2) mover el sistema penal para identificar con detalles y analizar todos estos hechos delictivos y 3) decidir qué pena aplicar a todos estos delitos. Es una imposibilidad estructural porque el sistema penal que da vida al Derecho penal no puede estar presente en todos los lugares y en todas las relaciones sociales, ni que pretendiera hacerlo, hipotéticamente hablando, ante el coste que tal sistema penal supondría para una sociedad.

Por lo tanto, el sistema penal quizás funcione como una pequeña linterna en un mundo a oscuras. ¿Pero y la relación de esta incapacidad estructural con la vulnerabilidad? Al tener una capacidad de actuación limitada, el sistema penal selecciona qué conductas y personas va a mirar y se especializa en hacerlo. No por menos las cárceles tienen una cantidad impresionante de personas que practican delitos contra el patrimonio y tráfico de drogas (los de bajo escalón, pequeños ‘funcionarios del tráfico’), mientras casi no hay condenados por corrupción o crímenes contra la economía.

Evidentemente, los delitos más perseguidos por el sistema penal recaen marcadamente sobre una parte de la sociedad, la parte más empobrecida económicamente y, por lo tanto, la más vulnerable. Este grupo de personas ya vive en circunstancias de vulnerabilidad más elevadas, por lo que ya están sujetas a nivel mayor de sufrimiento (laboral, económico, sanitario, etc.) que los estratos más privilegiados de la sociedad y aun así son las que más sufren el acoso del sistema penal. Basta una mirada acerca del perfil socio-económico de las personas presas para identificar tal relación.

Por lo tanto, el Derecho penal es un sistema normativo que puede influir negativamente en la vulnerabilidad de aquellos que ya están expuestos a mayores riesgos, por cuestiones sociales y económicas. Se podría incluso afirmar que esta influencia negativa es histórica, diferentemente de los discursos que le intentan otorgar racionalidad.

---

<sup>32</sup> *Ibíd.*, pág. 196.

## CONCLUSIONES

Retomando el interrogante inicial acerca del uso del dolor, físico o psíquico, en la aplicación de las penas y la efectividad de esta respuesta, tenemos, tras el análisis de los significados de los conceptos de dolor y sufrimiento, que estas sensaciones *per se* no permiten que la persona que los sufra adquiera conocimiento o internalice valores positivos. La idea de que el dolor nos hace sabios y que el sufrimiento enseña no parece constituir una lógica viable.

Sin embargo, de intentar atribuir realidad a esta lógica se ocupa el Derecho penal, aunque se niegue o se disimule.

Se ha visto que la comunicación (a través del lenguaje) es esencial en la experiencia del sufrimiento en la sociedad, por lo que encarcelar, como acto de infligir dolor, y silenciar personas es una actitud que va en sentido contrario a lograr una nueva socialización que sea entendida como más positiva. Igualmente, no permitir que la víctima del delito tenga espacio para comunicar su sufrimiento es quitarle la posibilidad de externalizar los daños sentidos. Sin poder identificar los daños causados no hay forma de empezar a compensarlos.

Es incoherente demandar a las personas presas que devuelvan actitudes consideradas positivas a la sociedad, ya que estas personas se encuentran en situación de sufrimiento. Ante la sensación de dolor, como se ha visto, las personas actúan de forma menos racional, influenciadas por la única idea de hacer cesar la sensación desagradable, por lo que lo más probable es que tengan actitudes negativas o momentáneamente actúen según se les solicita, para enseguida hacer todo lo contrario. Ahí están los índices de reincidencia, como en el caso concreto de Brasil<sup>33</sup>, que muestran que cumplir pena no significa ninguna mudanza positiva en la práctica. Peor, el carácter criminógeno de este sistema penal es innegable.

Acerca de la relación entre Derecho y sufrimiento, Madrid y Ferrajoli proponen que el Derecho históricamente ha recogido las demandas oriundas del sufrimiento de las personas como un guión y ha sido construido espejándose en las sociedades sufrientes. Por lo tanto, el Derecho ha mirado hacia el sufrimiento social y de alguna forma es un reflejo del nivel de

---

<sup>33</sup> El índice de reincidencia criminal en Brasil supera cualquier número aceptable y ya se habla, oficialmente, que está cerca del 70%. Consejo Nacional de Justicia, *in* <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/7797:cnj-apresenta-projeto-comecar-de-novo-a-juizes-das-varas-de-execucao-penal>

este sufrimiento, pero también históricamente ha utilizado la violencia legalizada para gestionarlo.

Un análisis temporal retrospectivo realmente enseña que el Derecho penal ha desarrollado mucho más su capacidad de causar sufrimiento que de resolver conflictos con finalidad de pacificar las sociedades. Si el Derecho se ha moldeado en relación a la gestión política y jurídica del sufrimiento de la gente, históricamente también se ha convertido en fuente de sufrimiento, lo que indica que existen problemas estructurales en esta relación de reconocimiento entre los individuos y este mismo Derecho. Pese a evolucionar paralelamente, Derecho y sociedad parecen no haberse reconocido mutuamente en el grado esperado. El Derecho no es un elemento externo a las estructuras que causan sufrimiento a las personas, pero tampoco lo es respecto de los mecanismos de protección y respuesta frente a las fuentes potenciales y/o reales de padecimiento.

Ha quedado claro que, en relación al individuo, infligir dolor produce sensaciones desagradables, por lo que aplicar dolor a través de la pena, pura y simplemente daña a los individuos.

## REFERENCIAS

- FERRAJOLI, Luigi, Carbonell, Miguel (Trad.) (2007), *Derecho y dolor*, ISONOMÍA n.º. 27.
- GARLAND, David, (1999), *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, Siglo Veintiuno, Madrid.
- MADRID, Antonio (2010), *La política y la justicia del sufrimiento*, MinimaTrotta, Madrid.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2002), *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, 4ª Ed., Editora Cortez, São Paulo.