



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de

Valparaíso

Chile

Cordini, Nicolás Santiago

La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLIII, julio-diciembre, 2014, pp. 671-701

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173636985015>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA FINALIDAD DE LA PENA ES, SEGÚN KANT, ¿PURAMENTE RETRIBUTIVA?

[According to Kant, is the Purpose of Punishment Merely Retributive?]

Nicolás Santiago CORDINI*
Universidad Nacional del Litoral, Argentina

RESUMEN

El artículo discute la idea ampliamente atribuida por la doctrina penal a Kant, en orden a que la fundamentación y finalidad de la pena es la retribución, de modo que la pena no tiene ninguna finalidad ulterior a la imposición del castigo. Nosotros, por el contrario, consideramos que Kant no sigue un retribucionismo sin reservas y que su teoría contiene elementos preventivos. A tal fin, sometemos a discusión no solamente los pasajes de la obra kantiana referidos a la pena, sino también sus afirmaciones acerca de la teoría de la imputación.

PALABRAS CLAVE

Kant – Imputación – Pena - Retribución – Prevención.

ABSTRACT

This article analyses the idea, widely ascribed to Kant by the criminal doctrine, in terms that the grounds and the purpose of the punishment is retribution; therefore, punishment has no further purpose than impose punishment. Nonetheless, we think that Kant does not pursue retributivism wholeheartedly and that his theory contains preventive elements. To this end we discuss not only the passages of the Kantian work about punishment, but also his statements about the theory of imputation.

KEYWORDS

Kant – Charge – Punishment – Retribution – Prevention.

RECIBIDO el 30 de octubre y ACEPTADO el 22 de diciembre de 2014

* Profesor adjunto de derecho penal I en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Dirección postal: Centro de Investigaciones de la FCJ/UNL, Cándido Pujato 2751, Santa Fe, CP 3000, Argentina. Dirección postal: ncordini@fcjs.unl.edu.ar.

I. INTRODUCCIÓN

Todo aquel que se inicia en el estudio de Derecho penal, una de las primeras cuestiones que aborda es la discusión en torno a los criterios fundamentadores de la pena, mal llamados “teorías de la pena” puesto que no constituyen modelos explicativos. Más bien son criterios desarrollados que intentan dar respuesta a la pregunta “¿qué finalidad cumple la pena?” en la medida que la sanción penal implica la mayor intervención del poder punitivo del Estado en el ámbito más íntimo de la persona. Estas afirmaciones constituyen, en última medida, discursos legitimantes del poder punitivo¹. Entre los diversos discursos que dan cuenta de este fenómeno, los manuales de Derecho penal: parte general², tratan el fin de la pena según Immanuel Kant como una fundamentación moral, catalogándola dentro de las teorías absolutas o sea, como pura retribución, constituyéndose de este modo en la fundamentación absoluta de la pena por excelencia.

El hecho que las fundamentaciones absolutas de la pena hayan caído en desuso en la dogmática jurídico-penal alemana desde los años sesenta de la mano de posturas defensoras de un derecho penal puramente preventivo³

¹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires, Ediar, 2003), p. 56.

² Si cotejamos los manuales más difundidos, todos ellos acuerdan en reconocer en Kant una fundamentación absoluta de la pena, sin dar lugar a ninguna otra finalidad. Véase: BACIGALUPO, Enrique (), *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires, Hammurabi, 1999), p. 32; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. - HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal* (Madrid, Trotta, 1997), I, p. 46; MIR PUIG, Santiago (1984) *Derecho penal. Parte general* (8^a edición, Buenos Aires, B de F, 2008), p. 78; ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general* (traducción castellana de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Civitas, 1997), I, p. 82; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, I: *El hecho punible* (4^a edición, traducción castellana de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2005), p. 30; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general* (traducción castellana de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Marcial Pons, 1997), p. 21. Quien se ha manifestado en contra de esta interpretación es Armin KAUFMANN, Armin, *La misión del derecho penal*, en EL MISMO, *Estudios de derecho penal* (traducción castellana de Santiago Mir Puig, Buenos Aires, B de F, 2013), p. 32, quien niega que Kant sostenga una “retribución pura” dado que ya en la *Metafísica de las Costumbres* “no sostiene que toda infracción de la ley pública deba conllevar una pena pública por virtud del imperativo categórico. Al contrario, considera expresamente no punibles la infidelidad y el simple fraude. Kant permite incluso, dentro de un margen muy reducido, el ejercicio de la gracia [...]”.

³ SCHÜNEMAN, Bernd, *La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*, en SCHÜNEMANN, Bernd (compilador), *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales* (2^a edición, traducción castellana de Jesús-María Silva Sánchez, Buenos Aires, B de F, 2012), pp. 181-182.

cristalizadas en el “Proyecto Alternativo de Código Penal” del año 1968, ha propiciado el desinterés en el estudio de la finalidad de la pena sin contenido preventivo. El renacer del interés, en el ámbito de la filosofía del derecho y en el derecho penal, en los estudios de la teoría desarrollada por Kant va de la mano del redescubrimiento de la teoría de la imputación (“Zurechnungslehre”), que Kant entre otros ha difundido, en autores alemanes como Hruschka, Neumann o Joerden, y Sánchez-Ostiz en ámbito hispano parlante.

En distintas partes de su *Metaphysik der Sitten* (MdS, *Metafísica de las costumbres*) Kant desarrolla conceptos aplicables a la materia penal por lo que quien quiera sistematizar dichas ideas en un sistema deberá recurrir tanto a la “Introducción” a la MdS como así también a la *Teoría del derecho* (MdS-R). El concepto más importante en materia penal desarrollado en la Introducción es el referido a la imputación (“Zurechnung”)⁴. Si bien el mismo es aplicable, en principio, tanto al actuar moral como al actuar jurídico, ambos sistemas difieren en cuanto a su consecuencia. La importancia de este concepto reside en que, en el caso del derecho penal, sirve para determinar cuándo una acción es merecedora de pena. Las demás afirmaciones sobre el derecho penal y, fundamentalmente, sobre la pena se encuentran en la MdS-R especialmente bajo el título “Del derecho de castigar y de perdonar” (“Vom Straf- und Begnadigungsrecht”).

La determinación de la conducta merecedora de pena se efectúa conforme a la teoría de la imputación (“Zurechnungslehre”) y su consecuencia jurídica es la pena jurídica (*poena forensis*). Kant reconoce el derecho de castigar como “el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito por causa de la transgresión de la ley”⁵. Aquí Kant afirma que la pena cumple una finalidad absoluta cuando sostiene que la misma “no puede aplicarse como simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido [...]. El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos”⁶. Si nos limitáramos a este pasaje, la fundamentación absoluta como única razón de ser de la pena resulta a todas luces incontrovertible. La sanción es la respuesta al delito y ella no cumple ninguna finalidad ulterior.

⁴ En la introducción Kant también traza las diferencias entre legislación jurídica y legislación moral cuyos contenidos desarrollará luego, respectivamente, en la teoría del Derecho (*Rechtslehre*) y en la teoría de la virtud (*Tugendlehre*). Otros conceptos aplicables a la materia penal presentes en la Introducción son los de deber, dolo, culpa, etc.

⁵ KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten* (1797, Stuttgart, Reclam, 2011), p. 331. Las traducciones de las obras en lengua alemana e inglesa al castellano son de nuestra autoría.

⁶ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 331.

Sin embargo, si pensamos a la teoría kantiana del derecho como un sistema, integrando el concepto de pena con el de imputación, deberíamos abandonar parcialmente esta afirmación. En lo que sigue intentaremos fundamentar una finalidad preventiva de la pena, poniendo en relación la “Zurechnungslehre” con los diversos pasajes en los que Kant hace alusión a la fundamentación y finalidad de la sanción criminal.

El objetivo del presente trabajo es someter a discusión la idea de que el filósofo de Königsberg sostiene solamente un criterio absoluto en torno a la fundamentación y fin del castigo, abogando por una solución mixta que reconoce componentes preventivo generales a partir de la puesta en relación de la teoría de la imputación con la finalidad de la pena. El problema reside en cómo resolver las contradicciones entre función preventivo-general de la norma de conducta y finalidad absoluta de la pena. Las respuestas que hasta el momento se han formulado a estas contradicciones han dado lugar a diversas interpretaciones, desde aquellas que sostienen que entre la teoría utilitaria de la prevención y la de la retribución existe una tercera vía, una auténtica teoría kantiana⁷ pasando por aquellas que sostienen que Kant no tiene realmente una teoría coherente de la pena, sino sólo un revoltijo de pensamientos semi-conectados⁸, hasta las que niegan totalmente que en Kant exista una “teoría de la pena”.

II. CRITERIOS DISTINTIVOS ENTRE FINALIDAD ABSOLUTA Y FINALIDAD RELATIVA DE LA PENA

El criterio más difundido en torno a la clasificación entre teorías absolutas y relativas es aquel que tiene en cuenta si la finalidad de la pena se agota en la compensación por el ilícito cometido (teorías absolutas) o bien, si la pena busca evitar un delito futuro (teorías relativas).

Según las teorías absolutas se pena porque se ha cometido el ilícito (“*Punitur, quia peccatum est*”). La pena es una respuesta al delito perpetrado.

⁷ MERLE, Jean-Christophe, *A Kantian Critique of Kant's Theory of Punishment*, en *Law and Philosophy*, 19 (2000, XIX) 3, pp. 124-125, desarrolla una interpretación de la fundamentación de la pena basándose en la *Rechtslehre* de Kant cuyos postulados los define de la siguiente manera: *i*) los criminales deben ser castigados para evitar que vuelvan a cometer delitos. *ii*) El castigo excluiría al criminal de la ciudadanía; *iii*) El castigo debería educar a los criminales, para rehabilitarlos a la ciudadanía plena. Ahora bien, *i*) debe ser alcanzado por medio de *ii*) y *iii*). La regla *ii*) deber regir hasta que *iii*) sea alcanzado.

⁸ HILL, Thomas E. jr., *Respect, Pluralism, and Justice. Kantian perspectives* (New York, Oxford University Press, 2000), p. 174.

⁹ MURPHY, Jeffrie G., *Does Kant have a Theory of Punishment*, en *Columbia Law Review*, 87 (1987), p. 532.

La sanción es en este sentido necesaria, en la medida en que con ella no es perseguida ninguna finalidad social situada en el futuro. La legitimidad de la pena yace en el autor (como persona futura) y en el hecho pasado por él cometido¹⁰. La medida de la pena se corresponde con la severidad del hecho o sea, con la severidad del ilícito culpable y al mismo tiempo, con la culpabilidad del autor¹¹.

Bajo el concepto de retribucionismo se han formulado al menos cuatro tesis diferentes en torno a la delimitación del concepto. *i)* Según la primera, bajo dicho concepto se entiende que todos los criminales y sólo los criminales deben ser castigados; *ii)* Conforme con la segunda, la pena al criminal debe servir como retribución por el crimen cometido (“Vergeltung”); *iii)* Según la tercera acepción, el grado de la pena debería ser proporcional al crimen, lo que significa que la relación de los delitos entre sí debería corresponder a la relación de las penas entre sí. Un crimen severo debería ser castigado más arduamente que un crimen menor, y dos delitos igualmente severos deberían ser punidos con equivalente severidad; *iv)* De acuerdo con la cuarta acepción, el grado de la pena debe ser equivalente al delito cometido, esta tesis es conocida como “Wiedervergeltung” o *ius talionis*¹².

Según las teorías relativas, por el contrario, se pena para que no acontezca ningún ilícito (“Punitur, ut ne peccetur”). La pena está condicionada a través de determinadas necesidades sociales, ya sea en dirección a una influencia positiva en el autor o de otros miembros de la sociedad (“Prävention”). Para las teorías relativas el hecho es, tendencialmente, nada más que un motivo externo y su legitimidad yace en su significado para el futuro¹³.

Otro criterio para diferenciar entre fundamentaciones absolutas y relativas es aquel que distingue entre argumentos deontológicos y argumentos teleológicos. Conforme a esta postura quien sigue fundamentaciones deontológicas toma como base de su teoría conceptos tales como obligación,

¹⁰ ZACZYK, Reiner, *Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts. Zugleich zum Begriff "fragmentarisches Strafrecht"*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 123 (2011), p 701.

¹¹ FRISCH, Wolfgang, *Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (2009), p. 385. Por supuesto que consecuencias deseables pueden derivarse de la pena, pero estos beneficios incidentales no entran dentro de la racionalidad retributiva. Lo que hace justa la pena, sin tener en cuenta el bien social que podría seguir de ella, es que ella es la respuesta social adecuada por la comisión de un delito. FLETCHER, George *Rethinking Criminal Law* (New York, Oxford University Press, 2000), p. 415.

¹² MERLE, Jean-Christophe, *German Idealism and the Concept of Punishment* (New York, Cambridge University Press, 2009), p. 49.

¹³ MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil. Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte* (2^a edición, München, C.H. Beck, 2013), p. 21.

deber, permisión o prohibición y juzga los actos como correctos o incorrectos en función de su carácter inherente, como por ejemplo, en términos falsoedad o actos de verdad. Quien argumenta teleológicamente, por el contrario, fundamenta los actos en conceptos tales como aquellos del bien y lo deseable y juzga las acciones en relación con sus consecuencias benéficas o perjudiciales¹⁴. Siguiendo este esquema de pensamiento, el clásico utilitarista que valora las acciones dependiendo de las buenas consecuencias en conjunto de todo lo afectado por la acción, juzga dichos actos de manera teleológica. Quien justifica sus acciones deontológicamente, por el contrario, se opondría a la acción de mentir por su injusticia moral inherente, a pesar de las buenas consecuencias supuestas que en algunos casos pudiesen resultar de él. Las posiciones deontológicas llevan, a menudo, a consecuencias contra-intuitivas. El conocido ejemplo al respecto se encuentra en el texto de Kant bajo el nombre de “un supuesto derecho de mentir por amor a la humanidad” (“Über ein vermeintes Recht, aus Menschenliebe zu lügen”)¹⁵. Ante la elección hecha, entre mentir y con ello salvar la vida de un perseguido o, por el contrario, decir la verdad y con ello entregar la vida de la víctima a su asesino, debe el demandado decidirse por la verdad¹⁶. La prohibición de la realización de acciones en un determinado modo –mentir– no admite ninguna excepción orientada en las consecuencias de la acción concreta¹⁷. El teleólogo, por el contrario, puede favorecer una acción como mentir, pero sólo en aquellas situaciones donde puede ser bien argumentada que el resultado será beneficioso, y a pesar de la condena (deontológica) de mentir por la naturaleza inherente del acto. En lo que respecta a la de la justificación de la pena, la teoría utilitaria de la pena (preventiva), que busca justificar la pena basada en sus buenas consecuencias en torno a la disuasión o reforma del condenado, es una teoría teleológica, y las teorías retributivas de la pena, son, en cambio, teorías deontológicas, porque no tienen en cuenta tales consecuencias benéficas o perjudiciales y, por el

¹⁴ POTTER, Nelson, *Kant on Obligation and Motivation in Law and Ethics*, en *Jahrbuch für Recht und Ethik* (1994) 2, p. 182.

¹⁵ KANT, Immanuel, *Über ein vermeintes Recht, aus Menschenliebe zu lügen* (1797), en *Immanuel Kant's sämmtliche Werke* (Leipzig, Leopold Voss, 1867), VII, p. 309.

¹⁶ “Es por tanto un sagrado mandato de la razón, que ordena incondicionalmente y no admite limitación, por cualquier especie de conveniencia, lo siguiente: ser verídico (honesto) en todas las declaraciones” (“Es ist also ein heiliges, unbedingt gebieten-des, durch keine Convenienzen einzusehränkendes Vernunftgebot: in allen Erklärungen wahrhaft (ehrlich) zu sein”): KANT, I, cit (n. 15), p. 309.

¹⁷ NEUMANN, Ulfrid, *Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral*, en *Jahrbuch für Recht und Ethik* (1994) 2, pp 82-3.

contrario, determinan apropiado el castigo mirando hacia el pasado, de hacer el castigo acorde al crimen¹⁸.

III. KANT Y EL CONTRACTUALISMO: LA PENA COMO RESPUESTA (ESTATAL) AL DELITO

Kant sigue la tradición contractualista del siglo XVIII conforme a la cual existe un pasaje, por medio de un contrato, entre estado de naturaleza, en el cual los derechos son provisionales, y la sociedad política. El mecanismo básico por medio del cual el Estado civil protegerá estos derechos es a través de la institución del Derecho penal, que prohíbe una amplia gama de acciones que son consideradas violaciones de derechos externos, y que otorga incentivos negativos a través de la pena criminal por violar tales leyes¹⁹. Según Kant “la simple idea de una constitución civil entre los hombres envuelve ya la noción de una justicia penal en manos del poder supremo”²⁰ Kant explica el instituto de la pena criminal como elemento de la garantía estatal de los principios jurídicos categóricos²¹.

La tradición contractualista se visualiza especialmente en la concepción del delincuente, quien al lesionar a otro, se hace incapaz de ser ciudadano²². Así, “el mal inmerecido que tú le inferiste a otro del pueblo, te lo has hecho ti mismo”²³. Con esta expresión Kant se refiere implícitamente a la idea del contrato social condicionado que se disuelve²⁴ puesto que, a causa del delito, hay un retorno al estado de naturaleza por parte del delincuente. Inclusive, Kant considera que el Estado de Derecho y el Estado de naturaleza constituyen una dicotomía excluyendo toda tercera opción.

¹⁸ POTTER, Nelson, cit. (n. 14), p. 182. En sentido similar a Potter se manifiesta HÖFFE, Oltfried, *Vom Straf- und Begnadigungsrecht*, en *Immanuel Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Berlin, Akademie, 2009), pp. 222-223, quien distingue entre argumentos internos al concepto de delito (deontológicos) o externos al mismo (teleológicos).

¹⁹ POTTER, Nelson, *Kant on Punishment*, en HILL, Thomas E. jr. (compilador), *The Blackwell Guide to Kant's Ethics* (Oxford, Willey-Blackwell, 2009), p. 183.

²⁰ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 362.

²¹ HÖFFE, Oltfried, cit. (n. 18), p. 221.

²² El fundamento de porqué se pierde esa capacidad, Kant no lo menciona, él define solo la ciudadanía activa como la facultad del sufragio (“die Fähigkeit der Stimmgebung”): KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 314; HÖFFE, O., cit. (n. 18), p. 218.

²³ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 453.

²⁴ SEELMANN, Kurt, *Comunicación simbólica sobre la legitimación de la pena en el siglo XVIII y comienzos del XIX*, en EL MISMO, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal* (traducción castellana de Eugenio Sarrabayrouse, Madrid, Marcial Pons, 2013), p. 95.

En la comisión de un delito, el criminal decidió regresar al estado de naturaleza, a un Estado en el que nadie tiene derecho alguno y la libertad (externa) es continuamente amenazada, mientras que el imperativo categórico nos exige protegerla. El criminal acepta la desaparición de la libertad externa de su propia voluntad. Esto significa que la voluntad del criminal comete una suerte de suicidio, que lo hace no apto para ser un ciudadano²⁵. Ante el delito el criminal cesa de ser tratado por el Estado como una persona libre, como un ser racional²⁶. Aunque al mismo tiempo Kant apela al argumento de conformidad, puesto que es el propio juicio del delincuente, como sujeto dotado de razón, lo que justifica atribuirle el correspondiente consentimiento para la imposición de la pena²⁷.

En la teoría kantiana existen dos sistemas, el de la moralidad, desarrollado tempranamente en la *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (GMdS, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*) y en la *Kritik der reinen Vernunft* (KpV, *Crítica de la razón práctica*) y luego concluido en la *Tugendlehre* (*Teoría de la virtud*) de la MdS (MdS-T). La moralidad interna se encuentra en el individuo, con incentivos acuerdo con el poder metafísico (extra-fenomenológico) de actuar solamente por el motivo del deber, una capacidad que Kant cree que los seres humanos poseen como seres racionales. La *Teoría del derecho*, por su parte, es desarrollada en la MdS-R, en ella los incentivos para acatar la norma son fijados por el sistema de coacción estatal. Si bien Kant divide la MdS en la MdS-R y la MdS-T el núcleo de la relación entre ambas teorías consta de dos aspectos. El primero, tanto la teoría del derecho como la teoría de la virtud pueden ser derivadas del mismo principio, que no es otro que el imperativo categórico. Esta derivación, en caso de la ley, no implica ningún debilitamiento de la moralidad: la obligación moral permanece idéntica²⁸. El segundo, la diferencia entre ambas teorías

²⁵ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 331.

²⁶ MERLE, J.-C., *A Kantian critique*, cit. (n. 7), p. 326.

²⁷ SEELMANN, K., cit. (n. 24), p. 96.

²⁸ El área del derecho abarca todo deber moral que también puede ser cumplido por deber. En otras palabras, el derecho debe facilitar el cumplimiento de todo deber moral que puede ser cumplido a través de la coerción por la coerción misma (esto es, a través de la amenaza de la coerción y de la aplicación de la coerción) MERLE, J.-C., *German Idealism*, cit. (n. 12), p. 28. Una interpretación diversa respecto a las relaciones entre la GMdS, la KpV y la MdS es la que formula WILLASCHECK, Marcus, *Why the Doctrine of Right does not belong in the Metaphysics of Morals*, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 5 (1997), p. 226., según este autor “si pensamos a la metafísica de las Costumbres como un trabajo que sistemáticamente desarrolla las obligaciones fluyendo del imperativo categórico y así construye el edificio del cual la *Fundamentación* y la segunda *Critica* habían preparado las fundamentaciones, resulta que la *Doctrina del derecho* no pertenece a la *Metafísica de las costumbres*. Al menos eso es lo que el punto de vista

yace en los motivos de su respectiva comisión. Un determinado hecho puede ser objeto de legislación jurídica o auto-legislación pudiendo ser idéntico el contenido del precepto pero se distinguen en la característica del incentivo²⁹. La ejecución de la doctrina del derecho sólo tiene que lidiar con la coerción como su motivación, mientras la doctrina de la virtud es responsable por la ejecución por el puro deber³⁰.

El Estado alcanza sus cometidos a través de leyes coactivas. En el modelo kantiano legislación jurídica y legislación moral se distinguen según la calidad de motivos que la acompañan. Kant en la Introducción a la MdS sostiene que “La conformidad o la no conformidad pura y simple de una acción con la ley, sin tener en cuenta sus motivos, se llama legalidad (conformidad a la ley). Pero esta conformidad, en la cual la idea del deber deducida de la ley es al mismo tiempo un móvil de acción, es la moralidad (“Sittlichkeit”) de la acción”³¹. La moral, al tener como único móvil de la acción al deber mismo,

alternativo (superior) sugiere. En lugar de una doctrina del derecho, el complemento de la *Doctrina de la virtud* debió haber sido una ‘Doctrina de las obligaciones (morales) perfectas’. Sin embargo, Kant basó su plan para su último gran trabajo en el punto de vista oficial y, por lo tanto, incluyó la Doctrina del Derecho... sin embargo su adhesión a ambos puntos de vistas, el oficial y el alternativo, desemboca en tensiones filosóficas y conflictos, en inconsistencias y contradicciones totales”.

²⁹ POTTER, N., *Kant on Obligation*, cit. (n. 14), p. 94.

³⁰ MERLE, Jean-Christophe, *German Idealism and the Concept of Punishment* (New York, Cambridge University Press, 2009), p. 27. Esta dicotomía ha sido seguida por la tradición germánica en la que el derecho habla de cuestiones jurídicas y la moralidad de la cuestión del deber. Sin embargo, como señala FLETCHER, en la tradición de habla inglesa la moralidad tiene un sentido más amplio, incluso a veces ilimitado, siendo dicha línea de división difusa. FLETCHER, George, *Gramática del Derecho penal* (traducción castellana de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2008), p. 264.

³¹ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 219. Según KANT “Toda legislación se compone de dos partes (...); en primer lugar, de una ley que presente como objetivamente necesaria la acción que debe ejecutarse; es decir, que hace de la acción un deber; en segundo lugar, de un motivo que relacione con la representación de la ley el principio que determina subjetivamente el arbitrio de esta acción. Esta segunda parte equívale, pues, a que la ley haga del deber un motivo. La ley representa la acción como deber; lo cual es un conocimiento puramente teórico de la determinación posible del arbitrio, es decir, de la regla práctica. El motivo relaciona la obligación del obrar de tal manera con el principio determinante del arbitrio general en el sujeto”. KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 218. Al derecho lo define de la siguiente manera: “El derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser unificado con el arbitrio del otro según una ley general de la libertad”. KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 230. DREIER, Ralf, *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion* (Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1986), pp. 12-13, interpreta el pasaje de Kant referido a las condiciones de posibilidad como la totalidad de las leyes externas. Considera además que KANT pudo haber defi-

carece de medios externos de coerción y sólo aquel tiene la aptitud de obligar (auto-obligación) al sujeto. En este esquema de pensamiento “los preceptos de la moral obligan a todos, sin tener en cuenta las inclinaciones; y simplemente por la razón de que todo hombre es libre y está dotado de una razón práctica”³². En términos de Kant el “valor moral, sólo debe consistir en que la acción se haga por deber, es decir, por amor a la ley”³³. El derecho, por el contrario, apela a motivos distintos al propio deber, es decir, a la coerción externa para obtener del destinatario la conducta deseada. Dicho en otros términos, al derecho sólo le interesa la conformidad de la conducta externa con el deber, obviando cuáles han sido los motivos que han impulsado al sujeto a actuar conforme a lo que la ley exige. Sin embargo, los individuos morales pueden decidir obedecer la ley, por ejemplo aquella que prohíbe robar a otro, basándose puramente en una motivación moral, pero si queremos asegurar el respeto a la ley, se debe constar con un Estado con instituciones de Derecho penal que creará suficiente orden social de hacer posible social y psicológicamente el desarrollo de la moral interna³⁴.

Los defensores de la justificación de la pena como una realidad metafísica basan sus argumentos en el pasaje de Kant en el que admite que “si la sociedad civil llegase a disolverse por el consentimiento de todos sus miembros, como si por ejemplo, un pueblo que habitase una isla se decidiese a abandonarla y a dispersarse, el último asesino detenido en una prisión, debería ser muerto antes de esta disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase el imponer este castigo; porque entonces podría ser considerado como cómplice de esta violación pública de la justicia”³⁵. Nosotros, por el contrario, consideramos que dicho pasaje no puede ser interpretado de manera aislada, cuando Kant recurre a dicho ejemplo lo hace en el marco de la justificación del *ius talionis*; lo que Kant quiere significar a través de dicho ejemplo es que la igualdad en la retribución debe mantenerse aun cuando la sociedad ya no tenga razón de ser.

Constituye un error sostener una concepción de la pena en Kant de orden puramente metafísico, entendiéndola como la pura realización del ideal de justicia, puesto que una interpretación de este orden está basada en

nido su concepto de derecho no sólo con la ayuda del concepto de arbitrio sino también con el concepto de libertad. De este modo, uso externo del arbitrio y libertad externa constituyen las dos caras de una moneda.

³² KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 215.

³³ KANT, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft* (1788, Stuttgart, Reclam Verlag, 2013), p. 144.

³⁴ POTTER, N., *Kant on Punishment*, cit. (n. 19), p. 184.

³⁵ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 333.

una concepción del mundo kantiano puramente moral, desconociendo a la pena como un instrumento de la institución del Estado. En el marco de un Estado los incentivos son fijados por el sistema estatal del Derecho penal y de la pena. Por lo tanto, la prevención (general) es una finalidad básica y esencial de la institución del castigo, y la teoría de la pena de Kant no es y no puede ser un sistema puramente retributivo (“*Vergeltung*”). Además, las teorías pragmáticas del derecho penal no son reprobadas completamente sino sólo como posiciones dominantes y exclusivas³⁶. Aún más, en la *Zusatz zur Erörterung der Begriffe des Strafrechts* (*Adición a las aclaraciones de las nociones del derecho penal*)³⁷. Kant explica mediante una nota que sólo un sistema de incentivos externos basados en conceptos de derecho (y de prevención en la retribución) puede ser llamada “justicia punitiva” y que esta justicia puede ser distinguida de la “cautela punitiva”, que está basada en la experiencia de lo que es efectivo en la eliminación del delito. La prudencia nos dice que es útil; la justicia, lo que es moral³⁸.

IV. EL CASTIGO COMO CONSECUENCIA DE LA IMPUTACIÓN A LA CULPABILIDAD

Ya hemos hecho alusión que el objetivo del presente trabajo es vincular diversos conceptos kantianos en orden a intentar desarrollar un sistema coherente del derecho penal kantiano. Estos conceptos básicamente son los de imputación (“*Zurechung*”) y pena (“*Strafe*”). Raramente se abordan ambos conceptos de manera conjunta puesto que por lo general las diversas investigaciones se detienen en el concepto de pena dejando de lado el sistema de imputación. En primer lugar desarrollaremos la teoría de la imputación (“*Zurechnungslehre*”) según Kant, y, en segundo lugar, pondremos en relación dicho sistema de imputación con sus fundamentaciones acerca de la pena, puesto que las consecuencias que se deriven de este concepto influyen en el concepto de retribución sostenido por este autor.

³⁶ HÖFFE, O. (n. 18), p. 223.

³⁷ Mediante una cita KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 363 n, aclara que “La justicia penal (*iustitia punitiva*), como argumento de la culpabilidad moral (*qua peccatum est*), debe distinguirse de la prudencia penal que es puramente pragmática (*ne peccetur*), y que se funda en la experiencia de lo que más influye para prevenir el crimen, y ocupa en la tópica de las ideas un lugar completamente diferente (*locus justi*) y no el lugar conducente (*conducibilis*), o de lo útil por ciertos conceptos, como tampoco el lugar de lo simplemente honrado (*honesti*), lugar que debe buscarse en la moral”.

³⁸ POTTER, N., *Kant on Punishment*, cit. (n. 19), p. 184.

1. La posibilidad de seguir la norma como condición necesaria de la imputación y de la pena.

Kant, en la “Introducción” a la *MdS*, sostiene que: “*la obligación es la necesidad de una acción libre bajo un imperativo categórico de la razón*”³⁹. En dicha definición no se encuentra de manera expresa la regla que reza que para poder cumplir con el imperativo categórico de la razón, el sujeto debe ser capaz de seguir la regla, conocido como la regla “todo deber implica su correspondiente poder” (“*jedes Sollen impliziert das entsprechende Können*”). No obstante su omisión, es posible considerar de manera implícita la presunción que todo individuo obligado posee también la capacidad de cumplir con su requerimiento. Puesto que cuando mi razón me dicta un deber y me dice que la aplique en la situación concreta, ella también me dice que puedo cumplirla. Según Byrd y Hruschka, la implicación contenida en el “deber implica poder” puede ser vista tanto desde una perspectiva prospectiva tanto como una retrospectiva de las acciones que cometemos u omitimos⁴⁰. Desde la aplicación prospectiva, un determinado deber puede consistir en la obligación de actuar expresado en un mandato (*¡debes prestar auxilio!*) o bien en la obligación de omitir mediante una determinada prohibición (*¡no matar!*). Cuando afirmamos que el sujeto ha infringido el deber, el “deber” (“*Sollen*”) de la fórmula deber implica poder no es el deber general de la regla, sino el concreto deber en la aplicación (prospectiva) de la regla en una situación particular. No se trata de la norma por sí misma, sino más bien la aplicación de la regla, la que implica poder⁴¹. Cuando hace uso Kant del adagio legal “*ultra posse nemo obligatur*” (“nadie está obligado más allá de su posibilidad”)⁴² está haciendo referencia a la regla del deber implica poder, puesto que “*ultra posse nemo obligatur*” formula poder (“*Können*”) como una condición necesaria para el deber. Sí, el “deber” es una condición necesaria para el “deber”, luego el “deber” es una condición suficiente para el “poder”. Dicho en otros términos, desde la aplicación prospectiva de la regla “deber implica poder” asumir una obligación significa considerar que la persona que está obligada es libre de emprender el acto que está obligada a realizar⁴³.

³⁹ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 222

⁴⁰ BYRD, Sharon - HRUSCHKA, Joachim, *Kant's Doctrine of Right* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010), p. 294

⁴¹ Si le digo a (A) “debes prestar primeros auxilios (una aplicación de la regla de deber), luego se sigue en mi opinión que (A) es capaz de prestar primeros auxilios. Esta implicación es exactamente lo que “deber” implica “poder” significa. Mi aplicación de la regla en la situación concreta implica que pienso que (A) puede prestar auxilio. De otro modo sería un sinsentido para mí llamar a (A) y contarle que asuma ese acto. BYRD, Sharon - HRUSCHKA, Joachim, cit. (n. 40), p. 295.

⁴² KANT, Immanuel, *MdS*, cit. (n. 5), p. 370

⁴³ BYRD, Sharon - HRUSCHKA, Joachim, cit. (n. 40), p. 296.

La regla prospectiva (¡debes prestar auxilios!, ¡no debes matar!) puede ser reformulada, desde la perspectiva opuesta, en una regla retrospectiva: (¡quien fracasa en prestar auxilio en una emergencia violó el sistema relevante de reglas! ¡Quién mató a otro lesionó el sistema relevante de normas!). Luego, la aplicación de esta regla retrospectivamente podría ser formulada como “X actuó ilícitamente”. Aplicando retrospectivamente dicha regla asume e implica que la persona (X), a quien la regla le es aplicada, era capaz de seguir los requerimientos de la regla. Esta aplicación corresponde a la implicación en la prospectiva de “deber implica poder”⁴⁴.

De la interpretación de la regla analizada concluimos que Kant no aplica un retribucionismo sin reservas, puesto que no toda infracción a la ley penal debe conllevar un castigo en virtud del imperativo categórico⁴⁵. Por el contrario, el sujeto para ser culpable debe ser capaz de orientarse conforme a la norma. Si la norma de conducta, que es presupuesto de toda imputación, ya no puede ser seguida, es decir, no puede desplegar su función orientadora de conductas (función de prevención general), ya la imputación misma y con ella la culpabilidad decaen.

2. *El sistema de imputación según Kant.*

El concepto de imputación se encuentra en la Introducción de la Mds⁴⁶

⁴⁴ Según BYRD, Sharon - HRUSCHKA, Joachim, cit. (n. 40), pp. 296-297, Kant toma de Christian WOLFF la regla siguiente: “de la aplicación de la ley a un hecho está claro que el acto es tal que puede ser imputado”, en esta frase “ley” significa la regla formulada retrospectivamente; “hecho” es un acto que puede ser imputado a una persona. De este modo la afirmación de WOLFF significa que el juez al aplicar retrospectivamente la regla a un hecho, asume en su aplicación que el acto puede ser imputado al actor. Para Wolff, esta imputación es la misma que asumir que la persona a la cual un acto ha de ser imputado era la causa libera de la acción. De acuerdo con esto, la afirmación de Wolff no es diferente que la formulación de la prospectiva “deber” implica “poder”. La correspondencia retrospectiva de “poder” es la imputación del acto al cual la ley es aplicada. Si la imputación de un acto es una condición necesaria para aplicar retrospectivamente una ley, luego aplicar la ley a un acto es condición suficiente para imputar el acto. De esto se sigue que siempre que una ley es aplicada, es aplicada a un acto de alguien como el acto de una persona..

⁴⁵ KAUFMANN, A., cit. (n. 2), p. 32.

⁴⁶ Kant define a la imputación en los siguientes términos: “Imputación (*imputatio*) en sentido moral es un juicio en virtud del cual alguien es considerado como artífice (causa libera) de una acción, que a partir de entonces se llama hecho (*factum*) y se somete a las leyes: dicho juicio se llama imputación con validez jurídica (*imputatio iudicioria s. valida*) si lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas de este hecho, si no, sólo una imputación dictaminatoria (*imputatio dictaminatoria*). Aquella persona con validez jurídica se llama juez o tribunal (*iudex s. forum*). ”

El mérito (*meritum*) consiste en hacer algo conforme al deber, además de lo estricto.

y de él es posible inferir dos juicios, aplicables a toda forma de imputación. El primero de ellos consiste en atribuir un suceso a un sujeto, a partir del cual dicho suceso se llama hecho (“*Tat*”) y el sujeto es considerado su artífice (“*Urheber*” o “*causa libera*”). El segundo de los juicios, por su parte, consiste en imputar el hecho como meritorio o demeritorio, según el caso.

La imputación en tanto juicio afirma, o en su caso niega, una determinada relación entre dos términos: por un lado un sujeto, artífice (“*Urheber*”), y en el otro extremo, la acción, objeto de dicho juicio. Acción (“*Handlung*”), en términos de Kant, es un mero suceso acaecido, en el cual un determinado sujeto se ve inmerso⁴⁷. Con otras palabras, la acción es el mero proceso que el sujeto lleva a cabo⁴⁸. El paso de la mera acción al hecho (*Tat*) se produce mediante el primer juicio de imputación que conlleva una valoración, y con ello una transformación, en términos de recreación de la realidad. De esta manera el hecho es el resultado de un juicio de atribución mediante el cual se considera el fenómeno acaecido como proveniente de una persona libre, es decir, en tanto *causa libera*. Por lo tanto, el hecho no existe como algo previamente dado, sino que surge del mismo proceso de imputación. Kant en *Reflexionen zur Moralphilosophie* (RMP) define el hecho (*factum*) sosteniendo que “cuando algo puede ser contemplado como una acción libre, que según las leyes morales no es necesaria, de tal manera es un *factum*”⁴⁹. Según Kant, sólo pueden ser imputadas las acciones fundadas en la libertad. Por ello Kant no imputa, ni siquiera como simple hecho las acciones debidas. En RMP resume esta idea afirmando que “la acción es imputada, en la consideración que alguien es libre, o sea no está forzado ni objetivamente”⁵⁰.

tamente exigible por la ley. Si no se hace más de lo prescrito por la ley, no hay más que el pago de una deuda (*debitum*); pero, si se hace menos, hay delito moral, demérito (*deme-ritum*). El efecto jurídico del delito es la pena (*poena*), el de una acción meritoria es la recompensa (*proemium*), suponiendo que la recompensa prometida en la ley haya sido la causa de la acción. La conformidad con el deber (*debitum*) no tiene efectos jurídicos; la retribución gratuita (*remuneratio s. repensio benédica*) no guarda relación jurídica con una acción. / Las consecuencias buenas o malas de una acción debida –lo mismo que las consecuencias de la omisión de una meritoria– no pueden imputarse al sujeto (*modus imputationis tollens*). Las consecuencias buenas de una acción meritoria –lo mismo que las consecuencias malas de una acción injusta– pueden imputarse al sujeto (*modus imputationis ponens*)”: KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), pp. 227-228.

⁴⁷ HRUSCHKA, Joachim, *Die Würde des Menschen bei Kant* en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 83 (2002) 3, p. 477.

⁴⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito. La teoría kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo* (Buenos Aires, B de F, 2008), p. 84.

⁴⁹ KANT, Immanuel, *Reflexionen zur Moralphilosophie*, en *Kant's gesammelte Schriften* (Berlin, Walter de Gruyter, 1934), XIX, p. 159.

⁵⁰ KANT, O., *RMP*, cit. (n. 49), p. 157.

Si bien en la MdS a los hechos debidos sólo se refiere, como veremos más adelante, con motivo de la imputación de las consecuencias. En la *Metaphysik der Sitten Vigilantius* (MdS-V) vuelve a reafirmar la idea que en la ejecución de una acción realizada de conformidad al deber impuesto por la norma, el autor permanece bajo la ley, y por lo tanto no es *causa libera* de su acción⁵¹. Por consiguiente, para poder imputar un suceso como *factum*, Kant tiene en cuenta la norma respecto con la cual la acción es medida. Es decir, la atribución del hecho al “Urheber” se produce conforme a reglas que tanto el sujeto imputante (el juez o tribunal) como el sujeto imputado (“Urheber” o “*causa libera*”) conocen y emplean. En este primer juicio de imputación existe un proceso circular, un ir y venir entre la ley y el hecho. Kant es consciente de esta circularidad hermenéutica cuando afirma que “en la determinación de las *circumstantiarum in factu*, para encontrar los *momenta in factu* es ya necesario tomar en consideración la ley, puesto que, si bien la ley todavía no se imputa, contribuya a la total fijación del *factum* mismo”⁵².

Es a través del primero de los juicios de adscripción mediante el cual el agente es considerado persona. Dicho con otros términos, el concepto de persona surge del propio proceso de imputación, en la medida en que el sujeto es reconocido como el artífice del hecho, o lo que es lo mismo, su consideración como *causa libera*. Kant considera a la persona como centro de imputación; toda *causa libera* tiene, según el planteamiento kantiano, su origen en la persona humana. Sólo las personas pueden ser pasibles de imputación, puesto que el acto mismo de la atribución de responsabilidad se afirma en su libertad. Como criterio diferenciador entre personas y cosas Kant utiliza el punto de vista de la imputabilidad de las acciones, así “Una cosa es lo que no es susceptible de ninguna imputación. Todo objeto del libre arbitrio, que carece de libertad por sí, se llama, pues, cosa (*res corporalis*)”⁵³. Para el filósofo de Königsberg, persona y ser humano⁵⁴ no son términos

⁵¹ KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten Vigilantius* en *Kant's gesammelte Schriften* (1793, Berlin, Walter de Gruyter, 1974), XXVII,4, p. 560.

⁵² KANT, I., *MdS-V*, cit. (n. 51), p. 563.

⁵³ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), pp. 223-224. Ninguna acción moral sin libertad e imputación es posible, pero la libertad es sólo una cualidad negativa del deber ser, la imputación primeramente es una cualidad dinámica positivamente generadora del deber ser: STOCKHAMMER, Morris, *Kants Zurechnungsdee und Freiheitsantinomie* (Köln, Kölner Universitäts Verlag, 1961), p. 311.

⁵⁴ La doble naturaleza del hombre, una empírica y otra inteligible, ya había sido resuelta en la tercera antinomia de la *Critica de la razón pura*, no resultando para Kant contradictoria. Los dos principios que gobiernan al hombre son independientes el uno del otro y, por tanto, no se afectan ni se contradicen. El hombre, en tanto perteneciente al mundo sensible, es un objeto sometido a la causalidad. Por el contrario, el sujeto en tanto ser inteligible, se concibe como libre. De esta manera, el sujeto, en su

equivalentes puesto que no todo ser racional es considerado persona. En el esquema propuesto por Kant, la imputación implica libertad y la libertad autonomía. Persona es todo sujeto autónomo, todo aquel que se dicte su propia norma moral (auto-legislador). El carácter de persona se afirma imputando, atribuyendo responsabilidad al sujeto por su obrar.

El concepto de persona presupone libertad, concepto que también es necesario afirmar para que exista imputación. La libertad misma no es más que la capacidad de imputación (*receptivitas imputationis*). El sujeto obra de manera libre en la medida que se desvincula del mundo sensible; la libertad se constituye así en el fundamento del actuar del sujeto en tanto *homo noumenon*. Pero esta libertad, en tanto realidad *a priori*, no puede ser demostrada en la experiencia sensible y por ello debe presuponerse.

El segundo paso del proceso de imputación es la atribución del hecho valorado a título de mérito o de demérito, en el caso de la imputación moral, o de imputación a título de recompensa o culpabilidad, en el ámbito de la imputación jurídica. Como hemos hecho referencia con anterioridad, Kant traza un paralelismo entre los presupuestos para la imputación de las buenas consecuencias, imputación meritoria o supererogatoria y los presupuestos de la imputación demeritoria o imputación a título de reproche. Este paralelismo existente entre ambos tipos de imputación está mediado por la diferencia existente entre el actuar moral y el actuar jurídico, puesto que conforme al primero el sujeto sólo actúa siguiendo el deber moral, en el

carácter inteligible en tanto agente de un conjunto de fenómenos, no estaría él mismo determinado por ninguna condición que afecte a éstos, ya sea temporal, espacial, etc., aunque “su efecto aparezca en un fenómeno”: KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft* (1781, Stuttgart, Reclam, 2013), p. B 567-A 539. A lo largo de la MdS, por su parte, Kant contempla al hombre desde tres perspectivas diversas: la primera de ellas es en tanto ser vivo “*Sinnenwesen*”, es decir, en tanto perteneciente a uno de los géneros animales (*d. i. als Mensch zu einer Tierarten gehörig*): KANT, I., MdS, cit. (n. 5), p. 418. Desde esta primera perspectiva es el hombre un mero animal, un ser psico-físico, sin que su razón sea tomada en consideración. La segunda perspectiva pertenece al hombre considerado como “*vernünftiges Wesen*”, también denominado “*homo phaenomenon*”, “*vernünftiges Naturwesen*” o “*animal rationale*”: KANT, I., MdS, cit. (n. 5), p. 418; p. 434. Desde este punto de vista el ser humano posee razón pero limitada, está dotado de razón teórica y también práctica pero sometida a impulsos KANT, I., MdS, cit. (n. 5), p. 445. Él puede subordinar su razón a su actuar. A saber, calcular los mejores caminos en la consecución de sus finalidades. Pero él sólo está gradualmente diferenciado de los otros animales, que en todo caso también producen ejecuciones inteligentes. Consecuentemente, él está determinado a través de sus estímulos e impulsos morales. A estas dos categorías Kant le contrapone la tercera de las perspectivas perteneciente al hombre en tanto “*Vernunftwesen*”, “*homo noumenon*”, “*moralische Persönlichkeit*” o “*Vernunftmensch*”, es decir, en tanto razón para sí misma práctica: razón legisladora incondicionada: KANT, I., MdS, cit. (n. 5), p. 418; p. 434; p. 223; 435.

caso del derecho el autor actúa por móviles diversos al deber (coacción). En la imputación jurídica, en cambio, sí es posible imputar las consecuencias que se ubican por debajo de lo exigido por la norma. En este tipo de imputación, una vez imputado el hecho al artífice y medido con respecto a la norma, tiene lugar un segundo juicio de imputación (*imputatio iuris*) conforme al cual ese hecho es considerado como recompensa, si el sujeto realiza más de lo debido o como reproche (imputación a la culpabilidad), si el sujeto realiza menos de lo exigido por la norma. Resulta necesario aclarar que para Kant los hechos debidos no son imputados y el proceso se detiene en el primer nivel de imputación puesto que “[...] la adecuación de la conducta a lo que es debido no tiene efecto jurídico”⁵⁵. En este caso la no atribución de efectos jurídicos a la conducta debida es una consecuencia lógica de la falta de imputación de primer nivel. Dado que el autor no actúa libremente sino en cumplimiento del deber, Kant considera a dicha acción como no libre y, por lo tanto, niega que la acción del autor sea un “*factum*” imputable. Esta afirmación no la realiza en la *MdS*, sino que aparece en obras posteriores considerando que ninguna conducta que se encuentre bajo la obligación de actuar u omitir puede ser imputada siendo sólo imputable las acciones basadas en la libertad⁵⁶.

En el caso de la conducta demeritoria no basta para atribuir el hecho como culpable que el autor conozca las circunstancias del hecho, se requiere además que el sujeto conozca el carácter prohibido de la conducta o, en otros términos, el actor debe saber que la conducta está amenazada con pena. Este requisito puede deducirse del concepto de dolo utilizado por Kant cuando sostiene: “una transgresión realizada sin dolo que, no obstante, puede ser imputada, se llama simple culpa (*culpa*). Una realizada con dolo (esto es, aquella que está ligada a la conciencia de que es una infracción) se llama delito (*dolus*)”⁵⁷. Resulta necesario destacar que Kant utiliza el concepto de dolo no en los términos de la dogmática jurídico-penal actual, es decir como dolo avalorado, sino como dolo desvalorado, cuyo objeto es el conocimiento y voluntad de la conducta ilícita. En síntesis, la imputación plena tal como la plantea Kant implica el conocimiento de los motivos del agente que acompañan al hecho en cuestión, es decir su carácter prohibido.

Solamente una vez que haya sido afirmada la imputación a la culpabilidad es posible, conforme a la teoría kantiana, plantearse sobre la posibilidad de

⁵⁵ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 228.

⁵⁶ Nada que sea conforme a las leyes y, en cuya consideración estamos obligados a cometer u omitir algo puede ser imputado. Luego, sólo una acción, que se basa en la libertad, es imputable, y la libertad misma no es nada más que la capacidad de imputación (*receptivitas imputationis*): KANT, I., *MdS-V*, cit. (n. 51), p. 564.

⁵⁷ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 224.

aplicarle la pena al sujeto culpable. Si la imputación, en cualquiera de sus niveles, no puede ser afirmada, no es posible aplicar pena alguna. Condición necesaria de todo castigo es que la acción del sujeto sea considerada un hecho (desvalorado) e imputada a título de reproche (culpabilidad).

3. Kant y el caso de Carnéades: “applicatio legis ad factum” y prevención general.

Es con motivo del tratamiento de la no punibilidad de los casos tratados mediante el ejemplo de la tabla de Carnéades donde el propio Kant reconoce, a nuestro entender, criterios preventivo-generales (utilitarios) en torno a la finalidad pena. Al tratar el Derecho de necesidad (*ius necessitatis*) Kant afirma que “Este pretendido derecho consiste en la facultad moral de defender mi vida, dando muerte a quien no me hace daño. Es evidente que aquí debe haber un conflicto del derecho consigo mismo, porque no tratemos aquí del agresor injusto que atenta a mi vida, del que me defiendo matándole (*jus inculpatae tutelae*), caso en el cual la recomendación o moderación (*moderarem*), no corresponde siquiera al derecho, sino a la moral; sino que se trata de la violencia lícita contra el que no la ha usado conmigo, lo cual es prohibido por el derecho positivo. Claro es que esta aserción no debe entenderse objetivamente, según el mandato de una ley, sino sólo en el sentido subjetivo, y tal como se pronunciaría la sentencia en justicia. En efecto no puede haber ninguna ley penal que condene a muerte a aquel que, naufragando con otro y corriendo el mismo peligro de perder la vida, le rechaza, apoderándose de la tabla con cuyo auxilio hubiera podido salvarse; porque la pena impuesta por la ley al que despojara al otro de la tabla salvadora, nunca podía ser mayor que la pérdida de la vida. Semejante ley penal no tendría fuerza alguna represiva; porque la amenaza de un mal todavía inseguro (la muerte por sentencia del juez) no puede igualar al tenor de un mal seguro (el de perecer ahogado). Por consiguiente, el hecho de la conservación mediante la violencia, no debe ser considerado como inocente (*inculpabile*), es cierto, sino únicamente como incastigable (*inpunibile*)”⁵⁸.

Del pasaje transcrita surgen dos discusiones diversas aunque estrechamente conectadas. La primera atañe a si Kant distingue entre la acción de imputar y la de cotejarlo con la norma penal (*applicatio legis ad factum*) y el segundo de ellos es el referente a la función de prevención general cumple la norma de conducta.

Es discutible si Kant distingue entre las operatorias de imputar el hecho (*imputatio facti*) y la de imputar a título de mérito o demérito (*imputatio iuris*) con la de comparar el hecho con el deber de actuar u omitir (*appli-*

⁵⁸ Ibíd., pp. 235-236.

catio legis ad factum). En la MdS parece insinuar dicha distinción cuando sostiene que “Lo justo o lo injusto (*rectum aut minus rectum*) es en general un hecho conforme o no con el deber (*factum licitum aut illicitum*)”⁵⁹. En el caso del *factum licitum*, el sujeto realiza el hecho conforme al deber y, por tanto, el hecho es considerado debido. En el caso del *factum illicitum*, por el contrario, el hecho no se adecua al deber. Es en relación a este segundo grupo de casos respecto de los cuales se plantea la posibilidad de realizar un segundo juicio de imputación. Si bien este pasaje Kant parece reconocer la operatoria de imputar de la de valorar, como veremos más adelante, dichas operatorias en otras afirmaciones parecen confundirse.

Hruschka, por su parte, considera que Kant en la MdS ya demuestra conocer con total exactitud la distinción que existe entre justificación, perteneciente al ámbito de la *applicatio legis ad factum* y exculpación, propia de la *imputatio iuris*. Dicho argumento lo funda en la interpretación del pasaje referido al caso de Carnéades en el cual Kant establece una diferenciación entre justificación y exculpación. Explicando, además, que una causa de exculpación no pertenece al sistema de derecho. De las afirmaciones de Kant se desprende que un hecho cometido en legítima defensa no merecería pena (“unsträflich”), traduciendo la palabra latina “*exculpatio*” como causal de justificación⁶⁰. Por consiguiente, un autor que obra en legítima defensa estaría al amparo de una exculpación. Por el contrario, en el caso de Carnéades, el autor no está amparado por exculpación alguna, siendo su autor un “*factum culpabile*”. Pero en este caso el autor gozaría del beneficio de un argumento cuyo efecto es el mismo al de una causa de Justificación⁶¹.

De acuerdo a la interpretación que hace Hruschka del concepto de justificación según Kant, éste debe entenderse objetivamente formando parte de aquello que una ley prescribiría. El término “prescribir” (“Vorschreiben”) lo entiende en sentido amplio, abarcando no sólo las prohibiciones y prescripciones sino también las permisiones legales. Así, como a todo mandato de omitir o hacer (dimensión prospectiva) le corresponde, en la dimensión retrospectiva un determinado tipo de acción u omisión, del mismo modo a toda ley permisiva le corresponde desde el punto de vista *ex*

⁵⁹ Ibíd., pp. 223-224.

⁶⁰ Kant define a la permisión de la siguiente manera: “Una acción que no es mandada ni prohibida, es simplemente permitida, porque respecto de ella no hay ley que se imponga a la libertad (facultad moral, derecho) y por tanto no hay deber. Una acción de esta especie se llama moralmente indiferente (*indifferens, adiaphoron, res merae facultatis*)”: KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 223.

⁶¹ HRUSCHKA, Joachim, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karenades bei Gentz und bei Kant*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 138 (1991), pp. 8-9.

post (retrospectiva) una causa de justificación⁶². Sin embargo, este paralelismo no sería posible en las causas de exculpación, puesto que este tipo de excepciones se hallan fuera del sistema de reglas del derecho (sistema de prescripciones, prohibiciones y permisiones). Según Hruschka, las causas de exculpación forman un sistema de reglas propio⁶³. Ante estos hechos la ley penal no cumple ningún efecto disuasorio, por lo tanto, sería absurdo penar al sujeto por un hecho cometido ante estas circunstancias, con lo cual este hecho queda como impune (*factum impunibile*)⁶⁴.

Fundado en estos argumentos, conforme a su interpretación del modelo de imputación de Kant, Hruschka entiende que las causas de justificación pertenecen a la valoración del hecho conforme a la norma (*applicatio legis ad factum*), no siendo estrictamente un juicio de imputación sino sólo una valoración del hecho previamente atribuido al *Urheber* (*imputatio facti*) conforme a un baremo (la norma de conducta desde la perspectiva *ex post*). La relación del hecho y la norma, que sirve como baremo de valoración (norma de conducta en su función retrospectiva), puede adoptar los siguientes matices: puede ser “más de lo que la ley requiere” (meritorio), “menos de lo que la ley requiere (demerito), o “exactamente lo que la ley requiere” (debi-do). Especial atención merecen aquellas acciones que, o bien, producen más de lo que la ley exige o permanecen por debajo de lo que la ley exige dado que en ellas y sólo en ellas se reacciona con una sanción, sea ahora a través de una recompensa o a través de una pena⁶⁵. Una vez valorado el hecho, en la medida que el mismo no concuerde que con lo exigido por el deber, se procederá a la imputación de segundo nivel (*imputatio iuris*)⁶⁶. A este último

⁶² Según HRUSCHKA, Joachim, *Das deontologische Sechseck in der Jurisprudenz*, en KRAUSE, Rüdiger y otros (compiladores), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer* (Berlin, Dunker & Humblot, 2004), p. 788 “en un sistema de nomás cualquiera las normas permisivas y las normas eximentes se encuentran en el mismo plano lógico que las normas prohibitivas y prescriptivas. Lo que se sigue que los conceptos de relativamente permitido y de relativamente exi-mido se encuentran en el mismo plano lógico que los conceptos de las prohibiciones y prescripciones. Ello es así porque aquellas son las oposiciones contradictorias de las prohibiciones y las prescripciones”.

⁶³ Según HRUSCHKA, Joachim, *GA*, cit. (n. 61), p. 10, la distinción efectuada por Kant entre los *facta imputabile* y los *facta impunabilia* se basa, desde el punto de vista histórico, en la distinción formulada por Daries entre *exceptiones secundum* y *exceptio-nes contra leges institutae*.

⁶⁴ HRUSCHKA, Joachim, *GA*, cit. (n. 61), p. 10.

⁶⁵ JOERDEN, Jan C., *Zwei Formeln in Kants Zurechnungslehre*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1991), p. 526.

⁶⁶ De manera discrepante respecto de esta interpretación SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, cit. (n. 48), p. 106, se pronuncia quien sostiene que cuando Kant menciona hace uso de los conceptos *imputatio facti* e *imputatio iuris* los utiliza de una manera incorrecta ha-

ámbito de reglas pertenecería el supuesto tratado por Kant de la tabla de Carnéades. Este caso no sería más que un supuesto en el que la conducta desvalorada no puede serle imputada al sujeto a título de demérito porque el sujeto si bien comprende la criminalidad del hecho no puede exigírselo que se comporte de otro modo⁶⁷.

Sin embargo, como hemos explicado anteriormente, el hecho de que Kant solamente impute como hecho las acciones no debidas, es decir aquellas que se ubican por encima o por debajo de la norma que sirve como baremo de medición, nos lleva a concluir que Kant no distingue de manera precisa entre *imputatio facti* y *applicatio legis ad factum*. Lo lógico habría sido que hubiese imputado la acción como mero hecho y luego la mida con la norma de conducta. En otros pasajes Kant confunde *applicatio legis ad factum* e *imputatio iuris*. Esta confusión se manifiesta explícitamente en la MdS-V cuando Kant afirma que “La *imputatio legis* es entonces la *applicatio legis ad factum sub lege sumptum*”⁶⁸.

Si reconociéramos en Kant, como lo hace Hruschka, el nivel valorativo de la adecuación de la norma al hecho (*applicatio legis ad factum*), este estadio pertenece a la norma de conducta en su función retrospectiva, es decir, desde la perspectiva *ex post*. Las mismas son la contracara de las mismas normas de conducta en su función prospectiva⁶⁹. Ahora bien, las normas de conductas en su función prospectiva cumplen una función preventiva orientando las conductas de los ciudadanos, otorgándoles pautas de acción o, con otras palabras, las reglas de conducta desde la perspectiva *ex ante* cumplen una función de prevención general. Cuando el sujeto obligado no puede cumplir con el mandato de la norma, la pena ya no puede desplegar sus efectos. Por lo cual resulta contradictorio reconocer en Kant una función preventiva de la norma por un lado, y por otro lado sostener que el filósofo de Königsberg sostiene una finalidad puramente retributiva en torno a la sanción penal. No obstante no reconocemos en Kant la diferenciación entre imputación y valoración al hecho, ello no quita que en su sistema de imputación la norma de conducta no cumpla una función de prevención general, lo que afirmamos

biendo una confusión entre la medición del hecho con arreglo a la ley y su imputación a título de mérito o de demérito, esto es, respectivamente la *applicatio legis ad factum* y la *imputatio iuris*.

⁶⁷ Casos en que el sujeto (a pesar del conocimiento de la regla en cuestión) en la ejecución de la acción está impedido de seguir esa regla: HRUSCHKA, Joachim, *Strukturen der Zurechnung* (Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1976), p. 44.

⁶⁸ KANT, I., *MdS-V*, cit. (n. 51), p. 562.

⁶⁹ HRUSCHKA, Joachim, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, en *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 23 (1991), pp. 450-451.

es que Kant confunde ambos sistemas de normas. Kant reconoce la función prescriptiva de la norma de conducta pero no diferencia de manera lógica la regla de conducta en su función retrospectiva de la regla de imputación.

V. LA LEY PENAL COMO IMPERATIVO CATEGÓRICO

Los defensores de la finalidad absoluta de la pena se han valido del pasaje de la MdS-R en el que Kant afirma que: “la ley penal es un imperativo categórico”⁷⁰.

Kant afirma que la ley penal es un imperativo categórico y una ley de la razón, pero él nunca la deriva en ningún sentido de su filosofía práctica, e incluso el sugiere que ella no admite ninguna derivación⁷¹. Según Byrd y Hruschka existe una confusión en torno a la finalidad de la pena en Kant, dado que este pasaje es frecuentemente entendido como “la pena es un mandato categórico”⁷². La pena es un mal que es ocasionado a una persona a causa de un precedido mal del cual ese hombre es responsable. Luego, la pena no es un acto de habla o discurso (“Rede”) y, por lo tanto, es imposible que la pena sea un imperativo. En consecuencia, ella de ningún modo es un imperativo categórico. Conforme a la interpretación que estos autores hacen del pasaje de Kant se trata, por el contrario, de la formulación de Kant del principio de legalidad. La ley da una orden incondicional al juez de castigar al autor penal (¡el asesino debe ser penado!). Por lo tanto, decir que “la ley penal es un imperativo categórico”, es algo distinto a sostener que “la pena es un imperativo categórico”⁷³.

Para el delincuente la norma penal es una regla de conducta que funciona, desde una dimensión prospectiva, como pauta de orientación válida, cumpliendo así su función de prevención general. Cuando Kant alude a la norma penal como imperativo categórico está pensando en la norma de sanción (“Sanktionsnorm”) que lo obliga a aplicar el respectivo tipo penal ante la lesión del deber contenido en ella.

Estructuralmente una norma de sanción reza: “el que hace x, es castigado

⁷⁰ “Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ”: KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 331.

⁷¹ WOOD, Allen W., *Kantian Ethics* (Cambridge, Cambridge University Press, 2008), p. 219.

⁷² HRUSCHKA Joachim - BYRD Sharon, *Kant zu Strafrecht und Strafe in Rechtsstaat, en Juristenzeitung* (2007), pp. 957-958.

⁷³ Según HRUSCHKA, Joachim, *Die Interpretation von Kants Strafrechtsphilosophie. Eine Wissenschaft oder eine Ideologie?* en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 124 (2011), pp. 234-235, el autor de la frase “la pena es un imperativo categórico” no es por lo tanto Kant, sino que fue Lüderssen quien la ha popularizado en la tradición germánica, constituyendo otro caso de una fracaada recepción de una elevada filosofía abstracta.

con y” (por ej.: el que matare a otro será castigado con pena de prisión). El primer deber categórico –la retribución general (“die allgemeine Vergeltung”) en términos de Höffe– significa que la consecuencia (será reprimido con prisión) sólo está autorizada en relación con la premisa (el que matare a otro). Además sólo es legítima la consecuencia bajo la condición de que la premisa no contenga una violación cualquiera a la norma, sino la lesión de una regla elemental de derecho (principio de lesividad) que además pueda serle imputada al autor. Brevemente: la autorización estatal al castigo existe sólo contra un delincuente imputable (principio de culpabilidad). El segundo deber categórico –la retribución especial (“die spezielle Vergeltung”)– exige al legislador fijar la pena típica según la gravedad del delito expresada en la premisa (principio de proporcionalidad); y además exige al juez a orientarse solamente en función a la severidad de la violación de la norma⁷⁴.

En resumen, cuando Kant alude al imperativo categórico lo hace en referencia a la ley penal y no a la pena. Las exigencias de dicho deber categórico alcanza tanto al legislador como al encargado de aplicar el derecho, el juez o tribunal, obligándolos a respetar principios fundamentales tales como el de legalidad, lesividad, culpabilidad, etc.

VI. “IUS TALIONIS”: “WIEDERVERGELTUNG” COMO CRITERIO DE IGUALDAD

Está sujeto a discusión si el criterio que Kant admite en torno a la pena es el de mera retribución (“Vergeltung”), o bien, solamente el de la “Wiedervergeltung” también conocida como *ius talionis*⁷⁵. En el parágrafo 49.E.I. de la *MdS-R* Kant defiende el principio del *ius talionis*. Al inicio justifica el derecho de castigar del soberano refutando el punto de vista utilitario de la ley penal, en palabras de Kant, “La pena jurídica [...] no puede nunca aplicarse como simple medio de procurar otro bien [...]”⁷⁶. Los defensores de la finalidad de pena en tanto “Vergeltung” deducen de este pasaje el principio de retribución. Sin embargo, Merle se opone a esta interpretación sosteniendo que no es aquí sino en un segundo nivel de argumentación donde Kant justifica una finalidad absoluta de la pena. Dicho en otros términos, antes del tratamiento del *ius talionis*, ni la palabra retribución (“Vergeltung”) ni su concepto están presentes. Incluso luego, no justifica la mera retribución (“Vergeltung”), sino

⁷⁴ HÖFFE, O., cit. (n. 18), pp. 229-230.

⁷⁵ La mayoría de las interpretaciones retributivas en la teoría kantiana defienden solamente una mera retribución (“Vergeltung”) y rechazan la “Wiedervergeltung”. Véase: HÖFFE, O., cit. (n. 18), MURPHY, J., cit. (n. 9).

⁷⁶ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 331.

sólo la igualdad en la retribución (“Wiedervergeltungsrecht”)⁷⁷. Respecto a esta discusión entendemos que el concepto de retribución se corresponde con el concepto de “Vergeltung”, es decir que se pena porque se ha delinquido y, al mismo tiempo consideramos que el *ius talionis* o “Wiedervergeltung” no necesariamente es un criterio retributivo.

Al tratar la medida de la pena, Kant sostiene el “Wiedervergeltungsrecht” rechazando toda justificación que no sea “el principio de la igualdad apreciado en la balanza de la justicia, sin inclinarse más a un lado que a otro [...]. [pues] No hay más que el derecho del talión (*ius talionis*) que puede dar determinadamente la cualidad y la cantidad de la pena, pero con la condición bien entendida de ser apreciada por un tribunal (o por el juicio privado); todos los demás derechos son móviles y no pueden concordar con la sentencia de una justicia pura y estricta a casa de consideraciones extrañas que con ella se mezclan”⁷⁸.

La igualdad en la retribución consiste en que “el mal no merecido que haces a otro de tu pueblo, te lo haces a ti mismo”⁷⁹, pues existe una reciprocidad entre la conducta ilícita y el castigo. En términos de Kant, “si deshonras [a otro], te deshonras a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si lo maltratas o lo matas, te maltratarás o te matarás a ti mismo”⁸⁰. El principio puede ser simplemente explicado diciendo que a través del *ius talionis* se devuelve al delincuente las malas acciones por el causadas y la pena ocasiona al delincuente lo que él ha perpetrado en otros, aunque no al pie de la letra sino al menos en su espíritu⁸¹. Según el punto vista de Kant en la pena hay una cuestión de igualdad, de respeto de todos ante la ley; la pena restaura esa igualdad, cuando ella ha sido quebrantada por el acto criminal.

Puesto que Kant rechaza el fundamento utilitarista como única idea fundante de la pena. Es verdad que la graduación de la pena en torno a la obtención de una prevención más eficaz constituye fundamentalmente una manera teleológica de ver el castigo y esto va en contra de la filosofía kantiana. También es verdad que sin tales ajustes la *lex talionis* puede, en casos particulares, producir un castigo excesivo o bien, no castigar de manera suficiente. La pena podría ser excesiva cuando el monto aproximado de prevención pueda ser alcanzado con un menor castigo; el exceso de pena sería puramente retributivo. Sin embargo, si todo castigo fallara en su función

⁷⁷ MERLE, J.C., *German Idealism*, cit. (n. 30), p. 59.

⁷⁸ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 332. El “Wiedervergeltungsrecht” vuelve a ser tratado en la parte V del “Appendix” en el cual Kant retoma la defensa del *ius talionis* refutando el punto de vista utilitarista de la pena. KANT, O., *MdS*, cit. (n. 5), pp. 362-362.

⁷⁹ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 332.

⁸⁰ Ibíd., p. 332.

⁸¹ HILL, Th. E. jr., *Respect*, cit. (n. 8), p. 186.

(secundaria) de prevención, una pena adecuada en términos retributivos o sea, justa, sería inadecuada en sus efectos disuasorios⁸². Este es el caso de la tabla de Carnéades en el cual el *ius talionis* cede ante criterios teleológicos, puesto que la norma penal ya no cumple ninguna función de prevención.

Es verdad que la “Wiedervergeltung” se ha interpretado como un principio de retribución vinculado al ideal de justicia, atribuyendo al delincuente, en concepto de pena, un mal equivalente al que él, sin derecho alguno, ha causado. Sin embargo, este principio no necesariamente debe ser vinculado a teorías absolutas. En todo caso, es una regla que han utilizado fundamentaciones absolutas para graduar el castigo conforme al delito. La utilización de este criterio de medición de la pena puede ser utilizada tanto por teorías absolutas como por fundamentaciones preventivas de la pena⁸³. Dicho en otros términos, el elemento de la pena que es señalado en la idea retributiva de la *lex talionis*, de acuerdo con Kant, es el monto y el tipo de pena que es apropiada para un delito dado. En la determinación de la pena, Kant nos dice que consideraciones teleológicas no deben ser tenidas en cuenta⁸⁴.

VII. EL IMPERATIVO MORAL: EL RECHAZO A TODA MEDIATIZACIÓN DEL SUJETO

Kant vincula el imperativo categórico, ya formulado en la GMdS y en la KpV, vinculándolo con la finalidad de la pena. Al respecto afirma que “La pena jurídica (*poena forensis*) [...] no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón que ha delinquido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otros ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad innata le garantiza contra tal ultraje, aun cuando pueda ser condenado a perder la personalidad civil”⁸⁵. En este pasaje Kant vincula la ejecución de pena con el imperativo categórico. Más exactamente, con la segunda fórmula del mismo que reza: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio”⁸⁶. Principio que vuelve a repetir en la MdS-T cuando afirma que “La humanidad misma es una dignidad; pues el hombre no puede ser utilizado por un hombre [...] simplemente

⁸² POTTER, N., *Kant on Punishment*, cit. (n. 19), p. 193.

⁸³ SÁNCHEZ-OSTIZ, P., cit. (n. 48), p. 155.

⁸⁴ POTTER, N., cit. (n. 14), p. 106.

⁸⁵ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 331.

⁸⁶ KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785, Stuttgart, Reclam Verlag 2012), p. 429.

como medio, sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste su dignidad (la personalidad) en virtud de la cual se eleva sobre todos los otros seres del mundo que no son hombres, y que sí pueden ser utilizados, en definitiva, sobre todas las cosas”⁸⁷. El contra argumento de Kant –que el hombre no debe ser tratado como medio⁸⁸– ya había sido planteado en la GMdS⁸⁹; en la MdS-R, por el contrario, se construye el primer deber jurídico, el de la honradez jurídica (“rechtliche Ehrbarkeit”)⁹⁰. En el ámbito de su teoría del derecho penal Kant trabaja no sólo con el argumento jurídico inespecífico de la GMdS, sino con el argumento jurídico específico que reza el hombre nunca puede ser mezclado entre los objetos del derecho real⁹¹. Y además de la prohibición de instrumentalización, argumenta positivamente la personalidad innata (“angeborene Persönlichkeit”) del hombre⁹².

Toda persona está dotada de dignidad; en tanto actúe de manera autónoma goza de dicha característica, teniendo en Kant la dignidad un fundamento moral y no ontológico⁹³. La dignidad es un valor interno absoluto, o sea “un valor, que no tiene ningún precio, ningún equivalente frente al cual el objeto de apreciación podría ser intercambiado”⁹⁴. Lo que tiene un precio puede ser razonablemente sacrificado o negociado por otra cosa cuyo precio es igual o mayor. Lo que tiene dignidad, sin embargo, tiene un valor que no puede ser negociado o sacrificado, ni siquiera por algo más que tenga dignidad⁹⁵. La dignidad es un valor absoluto, de lo que se concluye que respetar

⁸⁷ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 462.

⁸⁸ Ibid., p. 331.

⁸⁹ KANT, I., *GMdS*, cit. (n. 86), p. 429.

⁹⁰ En la *MdS* Kant prescribe: “Sé hombre honrado (*honeste vive*), la honradez en derecho (*honestas iuridica*) consiste en mantener en las relaciones con los demás hombres la dignidad humana”, deber que se formula así: “No te entregues a los demás como instrumento puramente pasivo; procura ser para ellos al mismo tiempo un fin”. Luego Kant deriva este deber como una obligación deducida del derecho de la humanidad en nuestra propia persona (*lex justi*): KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 236.

⁹¹ Ibid., pp. 331 y 362.

⁹² HÖFFE, O., cit. (n. 18), p. 224.

⁹³ SCACCIA, Fabrizio, *Il concetto di persona in Kant. Normatività e politica* (Milano, Giuffrè, 2000), p. 51.

⁹⁴ KANT, I., *MdS*, cit. (n. 5), p. 462.

⁹⁵ KANT, I., *GMdS*, cit. (n. 86), p. 434. Esta distinción la formula con mayor claridad en la *MdS-T* cuando afirma que: “En el sistema de la naturaleza el hombre (*homo phaenomenon, animal rationale*) es un ser de escasa importancia y tiene como los demás animales, en tanto que productos de la tierra, un precio común (*pretium vulgare*). Incluso el hecho de que les aventaje en el entendimiento y pueda proponerse fines a sí mismo, sólo le da el valor externo de su utilidad (*pretium usus*), el valor de un hombre para otro, i.e. un precio como un bien en el intercambio con esos animales como cosas, por lo cual el aún tiene un más bajo valor que el significado universal de intercambio,

la dignidad de una persona no puede, en última instancia, estar en conflicto con el respeto de la dignidad de otros⁹⁶. De la dignidad de la persona resulta una pretensión de respeto (“ein Auspruch auf Achtung”), y a causa de su dignidad la persona es una finalidad en sí misma⁹⁷. La humanidad misma es una dignidad (“Die Menschheit selbst ist eine Würde”) y en tanto persona estoy obligado a “reconocer de manera práctica la dignidad de la humanidad en cada persona”⁹⁸. Si ser una finalidad en sí misma constituye el valor de la humanidad, luego tener dignidad constituye el valor de la personalidad, que es la capacidad de darse a sí mismo leyes morales y obedecerlas⁹⁹. Esta dignidad corresponde a cada persona en virtud de su personalidad moral. La personalidad es eso, a través de lo cual el hombre se impone sobre todos los demás¹⁰⁰ seres del mundo que no son personas, por consiguiente, sobre todas las cosas¹⁰¹. Aquí encuentran sentido las contraposiciones formuladas ya en la GMdS entre persona y cosa, finalidad en sí misma y mero medio¹⁰², dignidad y precio¹⁰³.

En Kant el delincuente no pierde su condición de persona y la pena lo reconoce en su dignidad. El Estado debe seguir tratando al delincuente como un fin en sí mismo, es decir, como persona y no como una simple cosa. La pena debería evitar tratar al delincuente individual como un mero medio para beneficios sociales, aunque la prevención juegue un rol significativo en la práctica del castigo. La consideración de la persona del delincuente como fin en sí mismo supone que, en la justificación del castigo, el Estado no puede acudir a cálculos utilitarios en lo concerniente valor de la vida o la libertad de un individuo respecto de la de otros¹⁰⁴. Por lo tanto el Estado no debe utilizar la pena con fines utilitarios, es decir, considerar al condenado

el dinero, cuyo precio es llamado eminent (*prestum eminens*). Ahora bien, el hombre considerado como persona, es decir, como sujeto de una razón práctica moral, está situado por encima de todo precio, porque como tal (*homo noumenon*) no puede valorarse sólo como medio para fines ajenos, es decir, posee una dignidad (un valor interno absoluto), gracias a la cual infunde respeto hacia él todos los demás seres del mundo, puede medirse con cualquier otro de esta clase y valorarse en pie de igualdad”: KANT, I., MdS, cit. (n. 5), pp. 434-435.

⁹⁶ WOOD, A. W., cit. (n. 71), p. 94.

⁹⁷ HRUSCHKA, J., en ARSP., cit. (n. 47), p. 477.

⁹⁸ KANT, O., MdS, cit. (n. 5), p. 462.

⁹⁹ WOOD, A. W., cit. (n. 71), p. 94.

¹⁰⁰ KANT, I., MdS, cit. (n. 5), p. 462.

¹⁰¹ HRUSCHKA, J., en ARSP., cit. (n. 47) p. 477.

¹⁰² KANT, I., GMdS, cit. (n. 86), p. 428.

¹⁰³ KANT, I., GMdS, cit. (n. 86), pp. 434-435.

¹⁰⁴ HILL, Thomas E. jr., *Wrongdoing, Desert and Punishment*, en BYRD, Sharon - HRUSCHKA, Joachim (editores), *Kant and Law* (Aldershot, U.K., Ashgate, 2006), p. 365.

como simple medio de otras finalidades. Lo que aquí Kant prohíbe es el tratamiento de prevención especial, pues una pena orientada a esta finalidad supone instrumentalizar al sujeto¹⁰⁵.

VIII. CONCLUSIONES

A partir de la instauración de la dogmática jurídico-penal como disciplina científica las antiguas teorías de la imputación fueron completamente abandonadas y entre ellas la propuesta por Kant. La teoría penal kantiana permaneció reducida a las disposiciones en torno a la finalidad y fin de la pena. Las interpretaciones que se hicieron acerca de ella implicaron una simplificación en torno su finalidad. Dicho de otro modo, la teoría de la pena ha sido abordada de modo aislado, Kant permaneció en la legitimación del castigo pero su teoría de la imputación fue considerada, a partir de la instauración de la dogmática jurídico-penal a partir de la instauración de la dogmática jurídico-penal, como una doctrina apriorística y metafísica. De esta manera, proliferó la idea de que en Kant la pena cumple una finalidad absoluta, en términos de “Vergeltung”, como exigencia del imperativo categórico.

Kant desarrolla su teoría penal en el ámbito de la teoría del derecho, cuya característica es el cumplimiento de la obligación por medio de la coacción. La pena es un instrumento con los que cuenta el Estado para garantizar el cumplimiento de la norma. De lo que deducimos la pena no puede ser interpretada como un mero criterio de justicia, propio del ámbito de la moralidad ni tampoco como mera retribución (“Vergeltung”).

A partir del análisis de la teoría de la imputación es posible deducir las siguientes conclusiones. La ley penal su ámbito de aplicación dentro del ámbito de acciones posibles. Aquellas que son de imposible cumplimiento, no se encuentran alcanzadas por el deber. Si bien, conforme a nuestra interpretación Kant al desarrollar su sistema de imputación confunde las operaciones de imputación (*imputatio facti e imputatio iuris*) y la de interpretar el hecho (*applicatio legis ad factum*), no podemos desconocer la función que cumple la regla de conducta (“Verhaltensregel”) en su esquema de imputación. Estas normas operan en una doble dimensión, en la prospectiva cumple una función de prevención general, sirviéndole al agente como pautas de conductas, diciéndoles que conductas del respectivo sistema están prohibidas (o en su

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (2^a edición, Buenos Aires, B de F, 2010), p. 336, afirma que: “Kant no se opone en sí a la instrumentalización de la persona como medio para la consecución de otros fines (preventivos), sin que tal oposición tendría lugar sólo cuando en dicha instrumentalización se vulnerara la dignidad de la persona al no respetarse el *ius talionis*, el criterio de lo que a ella es justo o proporcionado, en atención a lo que ha cometido”.

caso prescriptas) y cuáles permitidas. Las normas de imputación, por su parte, operan siempre en la dimensión retrospectiva y sirven para determinar si un determinado suceso es un hecho (*imputatio facti*) y luego, si dicho hecho puede ser reprochado a título culpable (*imputatio iuris*). Una norma podría ser lo suficientemente severa e imponer el deber de respetar la vida del otro ante una conducta lícita sin excepciones. Sin embargo, una norma de tal tenor no podría cumplir su función de prevención. Aquí Kant reconoce un fundamento teleológico dejando de lado el castigo, reconociendo que la ley penal debe influir en las personas, teniendo un efecto disuasorio. Y, en caso de que ello no fuese posible (como lo es en el caso de *ius necessitatis*), no resulta viable la aplicación de una pena. Por lo tanto, Kant no sostiene una retribución sin reservas, sino que admite supuestos en que la aplicación de la pena, cede ante otras finalidades.

Cuando Kant afirma que la ley penal es un imperativo categórico no se está refiriendo al castigo sino a la norma de sanción (“Sanktionsnorm”). Dicho mandato va dirigido tanto al legislador, quien debe respetar los principios penales al momento de la criminalización primaria, como así también al juez o tribunal, obligándolo a aplicar la norma ante su infracción.

El “Wiedervergeltungsrecht” es el criterio utilizado por Kant para la medición de la pena. Al momento de determinar el monto del castigo este autor rechaza recurrir a criterios utilitarios, la medida de la pena será establecida teniendo en cuenta la regla de la igualdad entre lesión y sanción. La regla de la “Wiedervergeltung” significa un rechazo a la consideración de criterios teleológicos al momento de la determinación de la pena.

El sujeto penado sigue siendo persona y, por ende, mantiene su dignidad, no siendo posible reducirlo al mundo de las cosas. Esto implica que el delincuente no puede, a través la ejecución de la pena, ser utilizado para satisfacer otros fines, puesto que ello significaría convertirlo en un mero medio de otras finalidades. El imperativo categórico elimina la consideración de finalidades preventivo-especiales en la ejecución de la pena.

A modo de cierre resumimos nuestra postura respecto a la fundamentación de la pena según Kant afirmando que este autor no sostiene una mera finalidad absoluta en torno a la pena, sino que admite criterios preventivos. La prevención es sólo legítima en la medida que no sea lesionada ni la retribución general ni la retribución especial.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal: Parte general* (Buenos Aires, Hammurabi, 1999).
BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. - HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal* (Madrid, Trotta, 1997), I.

- BYRD, Sharon - HRUSCHKA, Joachim, *Kant's Doctrine of Right* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010).
- DREIER, Ralf, *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion* (Frankfurt am Main, Alfred Metzner, 1986).
- FLETCHER, George, *Rethinking Criminal Law* (New York, Oxford University Press, 2000).
- FRISCH, Wolfgang, *Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa, en Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (2009).
- German Idealism and the Concept of Punishment (New York, Cambridge University Press, 2009).
- Gramática del Derecho penal (traducción castellana de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2008).
- HILL, Thomas E. jr., *Respect, Pluralism, and Justice. Kantian perspectives* (New York, Oxford University Press, 2000).
- HILL, Thomas E. jr., *Wrongdoing, Desert and Punishment*, en BYRD, Sharon - HRUSCHKA, Joachim (editores), *Kant and Law* (Aldershot, U.K., Ashgate, 2006).
- HÖFFE, Olfried, *Vom Straf- und Begnadigungsrecht*, en EL MISMO (editor), *Immanuel Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Berlin, Akademie, 2009).,
- HRUSCHKA Joachim - BYRD Sharon, *Kant zu Strafrecht und Strafe in Rechtsstaat*, en *Juristenzeitung* (2007).
- HRUSCHKA, Joachim, *Strukturen der Zurechnung* (Berlin - New York, Walter de Gruyter, 1976).
- HRUSCHKA, Joachim, *Das deontologische Sechseck in der Jurisprudenz*, en KRAUSE, Rüdiger y otros (compiladores), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer* (Berlin, Dunker & Humblot, 2004).
- HRUSCHKA, Joachim, *Die Interpretation von Kants Strafrechtsphilosophie. Eine Wissenschaft oder eine Ideologie?* en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft BRUGSTALLER, Manfred (compilador) (Berlin, Walter de Gruyter, 2011, CXXIV), pp. 232-235.
- HRUSCHKA, Joachim, *Die Würde des Menschen bei Kant* en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 83 (2002,) 3.
- HRUSCHKA, Joachim, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karenades bei Gentz und bei Kant*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 138 (1991).
- HRUSCHKA, Joachim, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, en *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 23 (1991).
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general* (traducción castellana de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Marcial Pons, 1997).
- JOERDEN, Jan C., *Zwei Formeln in Kants Zurechnungslehre*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1991).
- KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten* (1797, Stuttgart, Reclam Verlag, 2011).
- KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785, Stuttgart, Reclam, 2012).
- KANT, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft* (1788, Stuttgart, Reclam, 2013).
- KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft* (1781, Stuttgart, Reclam, 2013).
- KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten Vigilantius en Kant's gesammelte Schriften* (1793, Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 1974), XXVII, 4.
- KANT, Immanuel, *Reflexionen zur Moralphilosophie*, en *Kant's gesammelte Schriften* (Berlin, Walter de Gruyter, 1934), XIX.

- KANT, Immanuel, *Über ein vermeintes Recht, aus Menschenliebe zu lügen* (1797), en *Immanuel Kant's sämmtliche Werke* (Leipzig, Leopold Voss, 1867), VII.
- KAUFMANN, Armin, *La misión del Derecho penal* (1982), en EL MISMO, *Estudios de derecho penal* (traducción castellana de Santiago Mir Puig, Buenos Aires, B de F, 2013).
- MERLE, Jean-Christophe, *A Kantian Critique of Kant's Theory of Punishment*, en *Law and Philosophy*, 19 (2000)3.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general* (8^a edición, Buenos Aires, B de F, 2008).
- MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte* (2^a edición, München, C.H. Beck, 2013).
- MURPHY, Jeffrie G., *Does Kant have a Theory of Punishment*, en *Columbia Law Review*, 87 (1987).
- NEUMANN, Ulfrid, *Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral*, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2 (1994).
- POTTER, Nelson, *Kant on Obligation and Motivation in Law and Ethics*, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2 (1994).
- POTTER, Nelson, *Kant on Punishment*, en HILL, Thomas E. jr. (compilador), *The Blackwell Guide to Kant's Ethics* (Oxford, Wiley - Blackwell, 2009).
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general* (traducción castellana de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Civitas, 1997), I.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito. La teoría kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo* (Buenos Aires, B de F, 2008).
- SCACCIA, Fabrizio, *Il concetto di persona in Kant. Normatività e politica* (Milano, Giuffrè, 2000).
- SCHÜNEMAN, Bernd, *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal Preventivo*, en SCHÜNEMANN, Bernd (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales* (2^a edición, traducción castellana de Jesús María Silva Sánchez, Buenos Aires, B de F, 2012).
- SEELMANN, Kurt, *Comunicación simbólica sobre la legitimación de la pena en el siglo XVIII y comienzos del XIX*, en EL MISMO, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal* (traducción castellana de Eugenio Sarrabayrouse, Madrid, Marcial Pons, 2013).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (2^a edición, Buenos Aires, B de F, 2010).
- STOCKHAMMER, Morris, *Kants Zurechnungsidee und Freiheitsantinomie* (Köln, Kölner Universitäts Verlag, 1961).
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general, I: El hecho punible* (4^a edición, traducción castellana de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2005).
- WILLASCHECK, Marcus, *Why the Doctrine of Right does not belong in the Metaphysics of Morals*, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 5 (1997).
- WOOD, Allen W., *Kantian Ethics* (Cambridge, Cambridge University Press, 2008).
- ZACZYK, Reiner, *Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts. Zugleich zum Begriff "fragmentarisches Strafrecht"*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 123 (2011).
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires, Ediar, 2003).

