

Revista

ISSN 2007-4700

Temal

MÉXICO

Número 22
enero - junio 2023

El retribucionismo categórico en la teoría kantiana de la pena*

Alejandro Nava Tovar

Doctor en Filosofía por la Universidad Autónoma Metropolitana-Campus Iztapalapa y Profesor-Investigador en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Miembro de Sistema Nacional de Investigadores. Código ORCID: orcid.org/0000-0002-5770-5998.

RESUMEN: Este artículo pretende explicar la teoría kantiana de la pena, a partir de lo que Immanuel Kant sostiene en *La Metafísica de las costumbres (Die Metaphysik der Sitten)* para saber si es una teoría retribucionista o una teoría mixta, como es sostenido recientemente por diversos autores. Para llevar a cabo este objetivo, hago una lectura de los pasajes principales en los que Kant alude al derecho penal y posteriormente expongo la recepción filosófica-penal que ha tenido su teoría. Finalmente concluyo que una lectura directa de Kant difícilmente puede derivar en una teoría que no sea retribucionista.

PALABRAS CLAVE: Kant, retribucionismo, imperativo categórico, pena.

ABSTRACT: This article aims to explain the Kantian theory of punishment, based on what Immanuel Kant maintains in the *Groundwork of the Metaphysics of Morals (Die Metaphysik der Sitten)*, in order to know whether it is a retributionist theory or a mixed theory, as it is recently maintained by several authors. To carry out this objective, I read the main passages in which Kant alludes to criminal law and then I expose the philosophical-criminal reception that his theory has had recently. Finally, I conclude that a direct reading of Kant can hardly lead to a theory that is not retributionist.

KEYWORDS: Kant, retributionism, categorical imperative, punishment.

Rec: 30/08/2022 | Fav: 03/01/2023

* Agradezco a Ilse Carolina Torres Ortega por la lectura cuidadosa y las observaciones críticas que hizo del borrador de este artículo.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Los fundamentos de la teoría kantiana de la pena. Libertad, responsabilidad y coacción 3. La teoría absoluta de la pena de Kant 4. Consideraciones críticas sobre la teoría kantiana de la pena 4.1. La recepción filosófica-penal: la teoría mixta 4.2. La recepción dogmática-penal: un retorno a la imputación 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

1. Introducción

De los tres filósofos del idealismo alemán que escribieron sobre la pena, sin duda Immanuel Kant es quien ha tenido la suerte de ser el que más ha llamado la atención, tanto por la comunidad jurídica como por la filosófica. A diferencia de la filosofía jurídica hegeliana, que ha sido ignorada por buena parte de la comunidad filosófico-jurídica,¹ y la fichteana, que todavía permanece fuera del campo de la reflexión jurídica, la filosofía kantiana del derecho ha tenido un recibimiento notorio y continuo tanto por filósofos como juristas en casi todos sus aspectos fundamentales, como es el caso de su teoría de la pena. En este tenor, la “teoría penal de Kant es un producto vehementemente cuestionado del Derecho Natural moderno y de la específica teoría jurídica en el campo de gravitación del imperativo categórico” (Brandt, 2001). La comprensión kantiana de la libertad como autonomía, la cual “presupone que somos agentes racionales cuya libertad trascendental nos saca del ámbito de la causalidad natural” (Schneewind, 2017), no solamente se erige como el punto de partida del sistema moral kantiano, sino que tiene consecuentes importantes para la comprensión de la pena en este sistema.

Ahora bien, esta recepción de la teoría kantiana de la pena no está libre de problemas y debates en torno a su interpretación adecuada. A partir del estudio de diversos parágrafos de sus *Fundamentos metafísicos*

de la doctrina del derecho (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*), contenidos en la primera parte de *La metafísica de las costumbres* (*Die Metaphysik der Sitten*) se asume la tesis del retributivismo, según la cual la doctrina penal kantiana es puramente retributiva, con todo lo que ello implica, a saber, que se trata de una doctrina “primitiva, antiilustrada y bárbara” (Byrd, 1989). Incluso, no es de extrañar que coetáneos y seguidores de Kant vieran en su teoría de la pena “la expresión acaso más emblemática del contenido decepcionante de la *Doctrina del Derecho* y de su modo de exposición conciso, torpe y desaliñado; deficiencias que atribuyeron al supuesto desconocimiento kantiano de la ciencia jurídica más reciente y a la senilidad propia de un escritor septuagenario” (Hernández, 2016). Incluso, H. L. A. Hart, el gran positivista jurídico inglés, se refirió en sus escritos de filosofía del derecho penal a Kant como un retribucionista (Hart, 2019).

En virtud de que la filosofía kantiana del derecho penal es considerada puramente retributiva, es vista con cautela por diversos penalistas, quienes prefieren adherirse al pensamiento penal ilustrado de César Beccaria. Ya en su momento Ulrich Klug, político alemán y especialista en lógica y filosofía del derecho, en un ensayo que tenía como título “Despedida de Kant y Hegel” (*Abschied von Kant und Hegel*). (Klug, 1968), pedía liberar a la dogmática jurídica alemana de la carga metafísica del idealismo alemán. En ese momento, confirma Polaino-Orts, “el concepto de retribución (*Vergeltung*) comenzó a labrarse gran parte de la mala prensa que aun hoy lo mantiene mayoritaria (e injustamente) relegado —parafraseando a Rudolf Von Ihering— en el cielo (o en el infierno) de los conceptos jurídicos” (Miró Linares, y otros, 2013). Si bien es cierto que diversos aspectos de la filosofía kantiana del derecho son objeto de elogio en la comunidad académica, como es el caso de la paz en las relaciones internacionales, particularmente su visión del derecho penal, así como su rechazo al

¹ A modo de ejemplo, Jean-François Kervégan señala que, en las dos obras más influyentes del siglo xx en este campo, a saber, la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen y el *Concepto de derecho* de H. L. A. Hart, se nombra a Hegel solo una vez en la primera y ni una vez en la segunda, mientras que en el *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, se nombra a Hegel solamente seis veces (Kervégan, 2016). Sobre este alejamiento de los filósofos del derecho de la filosofía jurídica hegeliana puedo suponer que se debe a dos cuestiones. La primera razón es la imposibilidad de estudiar el pensamiento hegeliano sin considerar sus fundamentos filosóficos, siempre oscuros para quienes hacen filosofía del derecho desde el derecho mismo, y la segunda razón es la asociación falaz de las ideas de Hegel a teorías políticas de corte autoritario, la cual todavía persiste hasta hoy.

derecho de resistencia (*Widerstandrecht*), son objeto de una crítica aguda.²

La teoría kantiana de la pena se encuentra elaborada en la obra *Metafísica de las costumbres*, en la cual expone su filosofía jurídica en tanto parte general de su sistema y componente de su filosofía práctica, entendida como la articulación de la moral, la política y el derecho. La *Metafísica de las costumbres* ha sido considerada como la obra de un Kant senil, y a veces es hecha a un lado en el análisis de su filosofía práctica. Del mismo modo, el concepto de “metafísica” suele oscurecer las reflexiones jurídicas al asociar este concepto a ideas y entidades trascendentes a la razón humana, esto es, ideas y entidades últimas que no pertenecen ni al mundo natural ni al humano. Pero esta interpretación dista de explicar la totalidad de este concepto en Kant.

Por “metafísica de las costumbres”, Rainer Zaczyk, penalista de orientación kantiana, sostiene que Kant alude al hecho de que al considerar el actuar humano como un objeto de reflexión, “entonces se han de deducir en pasos concretos los presupuestos y las condiciones que configuran su actuar como actuar propio” (Zaczyk, 2010). Así, la parte de la metafísica dedicada al derecho concentrará las reflexiones de Kant en torno a la autodeterminación del sujeto en el orden jurídico que se ha dado a sí mismo. Así, la pena en Kant se vuelve dependiente de la concepción de derecho que tiene Kant, y esta concepción está fundamentada en la libertad. Este será el punto de partida de esta reflexión sobre la pena en Kant.

2. Los fundamentos de la teoría kantiana de la pena. Libertad, responsabilidad y coacción

Algunos autores pretenden hacer depender la concepción kantiana de la pena del concepto de derecho, el cual tiene su fundamento en la libertad, 2019; Merle, 2009, entendida como autonomía. Esta conexión es plausible para comprender tanto la pena como la imputación para la persona que comete un delito. También, esto podría dificultar el entender el senti-

² Para una visión diferente del derecho de resistencia en Kant, consistente en la denegación del derecho de resistencia a partir de la lectura de sus escritos no publicados, véase, Von der Pfordten, Dietmar, “Kant on the Right of Resistance”, en Merle, Jean-Christophe y Travessoni Gomes Trivisonno, Alexandre (eds.), *Kant's Theory of Law*, Stuttgart, Nomos, 2015, 101-118 y Alexy, Robert, “Kant's Non-Positivist Concept of Law”, en *Kantian Review*, 24, 4 (2019): pp. 497-512.

do kantiano de la pena en términos meramente retributivos, tal y como reza la lectura tradicional, que, me parece, sigue siendo la correcta. Por esta razón considero que el punto de partida adecuado reside en el concepto kantiano de derecho y el concepto de su principio universal. En los párrafos B y C Kant da ambas definiciones:

§ B ¿Qué es el derecho?

Por tanto, el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el libro del otro según una ley universal de la libertad.

§ C Principio universal del derecho

Una acción es *conforme a derecho* cuando permite o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal. (Kant, 2016)³

Para Kant, el derecho tiene un sentido normativo, basado en la conciliación de la libertad universal. La acción externa de las personas, de la misma manera, es conforme a derecho si permite la coexistencia de la libertad de cada persona según una ley universal. El concepto de derecho de Kant, así, está vinculado con la libertad de las personas de adecuar su manifestación de acciones externas según leyes universales de la libertad. Esto permite vincular la autodeterminación de las personas con su responsabilidad por hechos atribuidos a su actuar externo. Esto no es otra cosa que la doctrina de la imputación, de suma relevancia para la moderna teoría del delito. Esta es definida por Kant del siguiente modo:

Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria s. valida*), en caso contrario, solo una imputación *dictaminadora* (*imputatio diiudicatoria*). —La persona (física o moral) competente para imputar judicialmente se llama juez o también tribunal (*iudex s. forum*). (Kant, 2016)

³ Para efectos de este ensayo me basaré en la presente traducción, hecha de forma excelente por Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. No obstante, en algunos pasajes vinculados con la pena intentaré adecuar algunos conceptos.

Esta definición de la imputación es relevante para quienes estudian la teoría del delito, en cuanto está asociada a la libertad y a su posibilidad de ser atribuida judicialmente. Fernando Miró, por ejemplo, define a la imputación “como un juicio de responsabilidad que permite afirmar que algo, como acción, es considerado un hecho al ser atribuido a un agente, así como que lo realizado y comparado con la ley, puede ser atribuido como demérito al sujeto que lo ha llevado a cabo” (Miró Linares, y otros, 2013). La concepción kantiana de imputación normativa, extraída de este fragmento, ha sido analizada con detalle en la obra de Pablo Sánchez-Ostiz (Sánchez-Ostiz, 2008) y más en general en algunos ensayos traducidos de Joachim Hruschka (Hruschka, 2009). Sobre el último autor volveré más adelante.

La autonomía del sujeto moderno está vinculada a principios de justicia que permitan el ejercicio de libertades de todas las personas. Esto puede provocar conflictos en el ejercicio de la libertad de las personas. El ejercicio de la libertad de una persona puede obstaculizar el ejercicio de la libertad de las demás. Esta es, en cierta manera, un adelanto del reproche de la ética hegeliana a la ética kantiana (Hegel, 2013).⁴ No obstante, en el terreno del derecho no basta la convicción o aceptación interna, como sí lo es para los deberes de virtud en el terreno de la moral. El derecho necesita de una dimensión coercitiva. Kant reconoce, al igual que Alexy, que el derecho tiene una doble dimensión (Alexy, 2021). Una dimensión ideal, basada en principios de justicia, y una dimensión real, basada en la coerción. Kant vincula así al concepto y principio de derecho con la facultad de coaccionar en los siguientes dos párrafos. Cito pasajes de ambos párrafos:

§ D El derecho está ligado a la facultad de coaccionar. Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho (*Unrecht*)), entonces la coacción que se le opone, en tanto que *obstáculo* frente a lo que *obstaculiza la libertad*, concuerda con la libertad según leyes universales.

§ E El derecho estricto puede representarse también

⁴ Para un análisis más desarrollado de las tres formulaciones de la crítica de Hegel a la filosofía moral kantiana, véase, Amengual, Gabriel, *La libertad en su realización. La filosofía del derecho de Hegel*, Granada, Comares, 2021, pp. 104-119.

como la posibilidad de una coacción recíproca universal, concordante con la libertad de cada uno según leyes universales

Así como el derecho en general sólo tiene por objeto lo que es exterior en las acciones el derecho estricto, es decir, aquel que no está mezclado con nada ético, es el que no exige sino fundamentos externos de determinación del arbitrio porque entonces es puro y no está mezclado con prescripciones referidas a la virtud. Por tanto, sólo puede llamarse derecho *estricto* (restringido) al derecho completamente externo [...] Por consiguiente cuando se dice un acreedor tiene derecho a exigir el pago de la deuda a su deudor, esto no significa que pueda persuadirle de que su propia razón le obliga al pago, sino que una coacción que obliga a todos a hacer esto, puede muy bien coexistir con la libertad de cada cual, por tanto, también con la suya, según una ley externa universal: derecho y facultad de coaccionar significan pues una y la misma cosa. (Kant, 2016)

El hecho de que Kant conecte al derecho con la coacción no solamente refleja la posibilidad de imposición del derecho en su dimensión real, sino que tendrá consecuencias sobre todo para su fundamentación de la pena. Para Kant la coerción externa del derecho no es solo aceptable, sino también racionalmente necesaria o justificable (Colomer, 2015). Esto encuentra fundamento en la idea de que la libertad no puede dejarse a la lógica del estado de naturaleza, sino que debe estar asegurada por el Estado y por el derecho público. Coincido con Francisco Cortés en señalar que la posibilidad de imponer una pena “límite en un grado importante la libertad del ofensor. Tal limitación de la libertad del ofensor es aceptable porque asegura no volver al estado de naturaleza” (Cortés, 2020). Diversas acciones externas de los individuos pueden poner en riesgo al orden social y por tanto es necesario el derecho público. De ello se desprende que la motivación para actuar por respeto al derecho “no descansa en la posible aprobación de cada miembro como legislador universal, como es el caso de la legislación moral, sino que es coactiva. Comprender el sentido de este momento coactivo del derecho es esencial para entender su idea del derecho penal” (Cortés, 2018).

De este modo, si el derecho y la facultad de coaccionar significan una y la misma cosa, entonces se puede fundamentar el derecho penal, con sus respec-

tivas sanciones, a partir de la justificación misma del Estado. Así, la filosofía moral kantiana es conectada con su filosofía del Estado, a tal grado que la pena estará fundamentada en el imperativo categórico, escapando así de cualquier otro tipo de fundamento que vea a la pena como un medio y no como un fin. Después de analizar estos fundamentos inherentes al sistema jurídico kantiano, explico y evalúo el fundamento kantiano de la pena.

3. La teoría absoluta de la pena de Kant

Kant comienza el desarrollo de su teoría de la pena en el apartado E de la observación general sobre el derecho público. En el inicio del apartado Kant define al derecho penal del siguiente modo: “[E]l derecho penal es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquel que está sometido, de imponerle un dolor por su delito” (Kant, 2016). En esta definición Zaczyk encuentra tres conceptos relacionados entre sí que merecen ser analizados, a saber, los conceptos de “mandatario” (*Befehlshaber*), “súbdito” (*Untertwürger*) y “dolor” (*Schmerz*) (Zaczyk, 2010).

El “mandatario” es aquel soberano supremo del Estado que no puede ser castigado, una concepción que, evidentemente, a la luz de las reflexiones contemporáneas, es objeto de crítica. Sin embargo, las leyes penales no fueron creadas por él directamente, sino por el poder legislativo. El “súbdito” no debe entenderse como “siervo” o “esclavo”, sino como el ciudadano. Finalmente, Kant en alemán emplea la expresión “dolor” y no “pena”, una expresión que puede ser equívoca, pues si bien la pena puede concebirse como una forma de hacer sentir dolor, no todo dolor es una pena. Esto podría provocar confusiones entre el carácter institucional y no-institucional de las formas de infringir un castigo. A pesar de lo ambigua que sea esta expresión, aquí el dolor está referido a una institución jurídica que se impone mediante un tribunal para mermar el estatus jurídico o de libertad de una persona.

A partir de esta definición y sus elementos, Kant desarrolla en este apartado su concepción de la pena y sus elementos. En este, es posible advertir los siguientes temas: la pena como fin, la ley penal como imperativo categórico, la proporcionalidad de la pena, el ejemplo de la isla y los crímenes por el honor del sexo y del honor militar. Estos temas serán presenta-

dos del modo siguiente: primero transcribiré el pasaje de Kant y luego explicaré sus características. Así comenzaré con la idea de la pena como fin y terminaré con los crímenes por el honor del sexo y militar.

A) La pena como fin en sí misma

La pena judicial (*poena forensis*), distinta de la natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*. (Kant, 2016)

En este primer apartado Kant distingue a la pena judicial de la pena natural y agrega que esta pena de ninguna manera debe estar subordinada a fomentar otro bien, es decir, un fin, ya sea para el delincuente o para la sociedad civil. Esto es así en virtud de que la pena debe ser impuesta no para evitar que la persona vuelva a delinquir (*ne peccetur*), sino “porque ha delinquido” (*quia peccatum est*). Así, según este argumento, el sujeto que cometió un crimen debe ser considerado digno de castigo, y esto implica que la pena infligida a este no pueda ser usada como un medio. Puede inferirse que en este apartado Kant discute con la concepción rival del castigo de ese momento, es decir, con la concepción utilitarista del castigo.

Como es bien sabido en la historia de las ideas políticas y morales, el utilitarismo y el retribucionismo representan las justificaciones básicas de la pena. De acuerdo con el utilitarismo, la pena puede servir para diversos fines, como prevenir, rehabilitar, incapacitar y así. De acuerdo con el retribucionismo, la pena es inherentemente justa, pues no la considera como un medio para los intereses de los demás, sino que considera la humanidad de la persona criminal, es decir, le atribuirá una pena en función de su capacidad de autodeterminación, que no es otra cosa que la posibilidad

de atribuirle un grado de imputación. Como señala Norbert Campagna, la fundamentación jurídico-penal categórica de Kant debe entenderse en su contexto histórico. Esta reacciona ante la fuerte tendencia utilitarista que desde mediados del siglo XVIII predominaba en la filosofía del derecho penal (Campagna, 2017). Esto permite, de entrada, categorizar a la teoría kantiana de la pena como una teoría retributiva de la pena.

Ahora bien, es preciso aclarar un punto fundamental aquí. Si bien ya se mencionó que el retribucionismo posee, en términos de Byrd, la carga de imponer penas de una manera “primitiva, antiilustrada y bárbara”, esto no es compartido del todo por la comunidad filosófica. Merle destaca, con razón, que “el retribucionismo es escasamente poco sostenido por teóricos del derecho, aunque goza de una amplia estima entre los filósofos por su supuesta moral y apoyo mayoritario. Esta discrepancia entre el punto de vista de los filósofos y el punto de vista de los teóricos del derecho, desafortunadamente, recibe poca atención de los filósofos” (Merle, 2009). Si bien, en concordancia con los argumentos de Merle, tanto filósofos del derecho⁵ como penalistas⁶ temen al retribucionismo por razones vinculadas a la medida equivalente del delito cometido, diversos filósofos suelen ver con menos temor este tipo de penas, y, por el contrario, advierten que, bajo consideraciones meramente utilitaristas, si la imposición de una pena fuese útil para promover que la sociedad o un cierto grupo de esta se abstuviera de cometer un delito, en-

tonces podría justificarse el sancionar a una persona inocente. (Rosen 1997).

B) La pena como imperativo categórico

La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica “es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo”! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra. ¿Qué debemos pensar, pues, de la propuesta de conservar la vida a un criminal condenado a muerte, si se prestara a someterse a experimentos de por sí peligrosos y fuera tan afortunado que saliera bien librado, con lo cual los médicos obtendrían nueva información, provechosa para la comunidad? Un tribunal rechazaría con desprecio al colegio médico que hiciera esta propuesta, porque la justicia deja de serlo cuando se entrega por algún precio. (Kant, 2016)

En este segundo apartado Kant da una mayor precisión de la pena y la asocia a una de sus ideas más relevantes en el campo de la filosofía moral: el imperativo categórico. Por esta razón es pertinente detenerme en la naturaleza de este tipo de imperativos. En la primera parte de la *Crítica de la razón práctica* (*Kritik der praktischen Vernunft*) Kant hace referencia a dos tipos de principios de la razón práctica. Unas son *máximas*, de carácter subjetivo y válidas para la voluntad del sujeto, mientras que otras son *leyes prácticas* o *imperativos*, de carácter objetivo y válidos más allá de la voluntad del sujeto (Kant, 2015). Con respecto a los imperativos, Kant los dividirá en imperativos hipotéticos e imperativos categóricos. Los imperativos hipotéticos se dividen en *técnicos* y *asertóricos-pragmáticos*. Los primeros están basados en un fin técnico contingente, mientras que los segundos en un fin atribuible a todo ser racional, el cual es la felicidad. Estos imperativos tienen una estructura condicional, a saber, “si quieres x, entonces y”. Así, estos imperativos imponen deberes bajo ciertas condiciones.

Los imperativos categóricos, en cambio, son principios sintéticos a priori, universales y necesarios, que ordenan una acción y van más allá de la relación entre medios y fines, pues se presentan como objetivamente necesarios por sí mismos, sin relación alguna con

⁵ H. L. A. Hart, por ejemplo, fue objeto de diversas críticas por basar su crítica al retribucionismo en su estado más crudo, dejando de lado versiones más medidas o modernas de este. Un destacado resumen de las críticas a la filosofía del derecho penal de Hart puede verse en la obra de Ilse Carolina Torres (*Sobre la fundamentación del castigo. Las teorías de Alf Ross, H. L. A. Hart y Carlos Santiago Nino*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, pp. 209-226).

⁶ Roxin, por ejemplo, argumenta lo siguiente: “[N]o obstante, la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria; pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social” (Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2008, p. 84).

ningún otro fin. Dicho de otra forma, los “categóricos representan la *necesidad* de la acción *por sí misma*, no como medio para conseguir otro fin, representan a la acción como objetivamente necesaria” (Santiago, 2008). El cumplimiento de estos imperativos es incondicional en tanto no dependen de condiciones ulteriores, pues de lo contrario serían principios hipotéticos. Dicho de otro modo, estos imperativos deben cumplirse por la acción misma y nunca por las consecuencias de dicha acción. Aquí la razón externa para el cumplimiento de la ley penal es la coacción, la cual fue mencionada previamente. La fundamentación de esta clase de imperativos categóricos es posible en tanto la moral puede fundamentarse en la razón legisladora de los sujetos. Después de todo, como sostiene Wood, Kant pertenece a una larga tradición en la filosofía occidental que suscribe la idea de fundamentar la moral en la razón “y por esta razón sostiene que lo inmoral implica un fracaso de la razón (o que es una especie de irracionalidad)” (Wood, 1999).

De este modo puede afirmarse como conclusión que Kant, al decir que la pena es un imperativo categórico, quiere decir que este imperativo “a) lleva a cabo una exigencia moral incondicional, no una que pueda ser alterada en aras de la conveniencia o preferencia de alguien, y (b) que puede derivarse de alguna versión del imperativo categórico” (Potter, 1998). Solamente falta decir algo sobre la especificidad del imperativo categórico. El imperativo categórico más adecuado para fundamentar la pena no es el imperativo establecido en su forma más general, sino, más bien, el § C *Principio universal del derecho*, descrito previamente y que establece cuáles acciones pueden ser conforme al derecho. De ahí que establecido el derecho por el Estado no puede tener precio alguno.

C) La pena y su proporcionalidad

Pero ¿cuál es el tipo y grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño no merecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo: si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo. Sólo la ley del talión [*Wiedervergeltungsrecht*] (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y

la cantidad de la pena, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); [...] ¿Pero ¿qué significa la afirmación “*si tú le robas, te robas a ti mismo*”? significa que quien roba hace insegura la propiedad de todos los demás; por lo tanto, se priva a sí mismo (según la ley del talión [*Rechte der Wiedervergeltung*]) de la seguridad de toda posible propiedad; nada tiene y tampoco puede adquirir nada, pero, sin embargo, quiere vivir lo cual es imposible si otros no le sustentan. (Kant, 2016)

En este tercer apartado Kant ofrece un argumento genuinamente polémico, en tanto establece la ley del talión y por tanto aquí reside el núcleo fuerte del retribucionismo kantiano. Por tanto, este es el argumento que más problemas provoca a quienes intentan matizar el retribucionismo kantiano a partir de una lectura sistemática de su obra o sostener una postura mixta sobre la pena en Kant. Quien quiera confirmar, matizar o rechazar el retribucionismo kantiano no puede pasar por alto la idea de la ley del talión como proporcionalidad de las penas, el retribucionismo en su más acabada y dura expresión. Pero aquí vale la pena preguntarse sobre qué es exactamente el retribucionismo y su relación con este apartado de Kant. Aquí seguiré los argumentos de Jean-Christophe Merle. Merle, a partir de una matización de las tres tesis de Hart sobre el retribucionismo, establece cuatro subtesis:

- 1 Todos los delincuentes, y sólo los delincuentes, deben ser castigados.
- 2 El castigo de los delincuentes sirve como retribución por los delitos cometidos.
- 3 El grado de castigo debe ser proporcional (ordinalmente, no cardinalmente) al delito, lo que significa que la relación de los delitos entre sí debe corresponder a la relación de los castigos entre sí. Con esto quiero decir que un delito grave debe ser castigado con más dureza que un delito menor, y que dos delitos igualmente graves deben ser castigados con una dureza equivalente.
- 4 El grado de castigo debe ser equivalente al delito. (Merle, 2009)

En este apartado Kant intenta justificar el retribucionismo como un principio que permite decidir el grado del castigo, pero lo hace de una forma peculiar. Según Merle, en este punto Kant ofrece dos significados de retribución, a saber, “uno fuerte y otro

débil: estas son *Vergeltung* (la segunda tesis de la retribución, o mera retribución) y *Wiedervergeltung* (la cuarta tesis de la retribución, o *ius talionis*).⁷ La mayor parte de los retribucionistas kantianos argumentan en favor de la *Vergeltung* (retribución) y rechazan la *Wiedervergeltung* (venganza) (Merle, 2009) Esto quiere decir que los retribucionistas kantianos pretenden sostener que el retribucionismo kantiano esté referido a que el castigo esté determinado por el delito cometido (tesis 2) y no que el castigo sea exactamente equivalente al delito mismo (tesis 4). Dicho de otra manera, algunos defensores de la posición kantiana podrían argumentar que al ser la pena un fin en sí mismo, se toma en consideración el derecho de la persona que cometió el crimen, pero esto pasa por alto que Kant expresamente abraza la idea de que la pena debe ser exactamente proporcional al delito cometido.

Aquí no hay penas perdidas. Tampoco hay penas que miren al futuro. La pena en Kant mira al pasado y debe imponerse categóricamente. La teoría de la pena en Kant es absoluta. Esto no puede matizarse. Textualmente Kant sostiene que solo “el derecho retributivo (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y la cantidad de la pena”. La ley del talión o derecho retributivo es para Kant el criterio cuantitativo y cualitativo de los delitos, incondicionalmente. La proporcionalidad de la pena no está dada por las ventajas del crimen o por la defraudación de las expectativas compartidas, sino por ser un equivalente del crimen cometido. Por esta razón las leyes penales son un imperativo categórico. Intentar negar la expresión literal de un autor mediante la apelación a la obra en general o a su sistema puede funcionar cuando esta ambigua o existen otros elementos que ponen en entredicho esta afirmación. Pero Kant en este sentido es, valga la redundancia, categórico, y un enunciado de esta naturaleza difícilmente puede interpretarse contra el tenor literal de las palabras mismas de él. Por lo tanto, no puede negarse el retribucionismo kantiano.

⁷ Aquí Merle indica que en idioma alemán Los términos alemanes *Vergeltung* (es decir, exigir una retribución comparable por un mal) y *Wiedervergeltung* (es decir, exigir una recompensa *totalmente igual*) se corresponden aproximadamente con los términos ingleses *retribution* y *retaliation* (etimológicamente: *ius talionis*), respectivamente. Agregaría que en español ambos términos en alemán se traducen tanto como “retribución” como “venganza”, si bien son conceptos con cargas semánticas diferentes.

D) La pena y el ejemplo de la isla

Aun cuando se disolviera la sociedad civil (*bürgerliche Gesellschaft*) con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia. (Kant, 2016)

En este cuarto apartado Kant presenta un ejemplo que confirma su comprensión de la pena como un mandato categórico y absoluto. Obviamente este ejemplo no ha pasado desapercibido por penalistas interesados en el pensamiento de Kant. Zaczyk, por ejemplo, ha escrito ensayos referidos a la visión kantiana del derecho penal (Zaczyk, 2008; Zaczyk, 1999) y al ejemplo de la isla (Zaczyk, 2010). De entrada, es importante señalar que por sociedad civil (*bürgerliche Gesellschaft*) Kant entiende a la comunidad política, esto es, al Estado, y no lo que se entiende por sociedad civil misma, esto es, la esfera de relaciones humanas que surge en la modernidad y que se sitúa entre la familia y el Estado. Esta conceptualización, más compleja en cuanto abarca a la economía política, el sistema de necesidad, el sistema de administración de justicia y a las instituciones y políticas públicas, será conceptualizada por primera vez por Hegel (Hegel, 2013). En este punto, Kant expresa que el miembro del Estado que comete un delito debe ser castigado incondicionalmente. Aquí el rigorismo kantiano es doble: el tipo de pena en el caso de homicidio es capital (ley talional) y debe imponerse y ejecutarse aun cuando la comunidad se disuelva (Zaczyk, 1999).

Este argumento para Zaczyk es decisivo para que Kant haga explícita su opinión sobre el fundamento y la medida de la pena. Este es el punto que suele perderse de vista ante lo sórdido y cruel que suena este ejemplo. También se pierde de vista que el ejemplo enfatiza en lo categórico e irrenunciable que es la exigencia de justicia y no en ejecutar fácticamente⁸

⁸ Zaczyk advierte que una teoría del derecho como la de Kant, fundamentada en la libertad, tendría como consecuencia que la frase de Kant, “ha matado, entonces debe morir”, sea modificada así: “ha matado, entonces debe ser penado, pero no puede ser privado de su vida (Zaczyk, Rainer, “Hat er aber gemordet, so muß

“hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel” en el caso hipotético de que una comunidad política “decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo”. Este ejemplo pone de manifiesto lo importante que es el respeto de la comunidad hacia la autoridad del derecho, lo cual es, básicamente, el compromiso kantiano de acatar las normas. De ahí que cuando una persona se refiera a sí misma como a otras que es “kantiana”, lo hace para expresar que sigue estrictamente normas o convicciones, sin importar las posibles situaciones fácticas.

E) Los crímenes por el honor del sexo y del honor militar

Sin embargo, con respecto a dos crímenes que merecen la muerte, es todavía dudoso si la *legislación* tiene también derecho a imponerles la pena de muerte. A ellos conduce el sentimiento del honor. Uno es el sentimiento del *honor del sexo*, el otro, el del *honor militar*, y ciertamente se trata del auténtico honor que corresponde como deber a cada una de estas dos clases de hombres. El primer crimen es el infanticidio materno (*infanticidium maternale*); el otro, el asesinato de un compañero de armas (*commilitonicidium*), el duelo. (Kant, 2016)

En este quinto apartado Kant habla de dos crímenes relacionados con el honor. Previamente, Kant lleva a cabo una crítica a César Beccaria por sus argumentos humanistas en contra de la pena de muerte en virtud de no estar contenida en un contrato civil originario, una crítica que después será retomada por Hegel en los párrafos de los *Principios de la filosofía del derecho* dedicados a la fundamentación de la pena (Hegel, 2013). Kant, sin mayor reparo, se refiere a los argumentos de Beccaria como mera “sofistería” (*Sophistereï*) e interpretación torcida del derecho (*Rechtsverdrehung*) (Kant, 2016). Posteriormente Kant se refiere a situaciones en las que él considera que en

apariencia los seres humanos, estando dentro de un Estado, en virtud de ciertas situaciones en las que el honor está en riesgo, también están en un estado de naturaleza (*Naturzustand*).

El honor, para Kant, era de especial importancia en el ámbito social. La deshonra era especialmente mal vista por la opinión pública (*öffentliche Meinung*). Este sentimiento de deshonra le permitía a Kant sostener que estos crímenes de infanticidio y de muerte en duelo podrían recibir un trato especial. Respecto a los niños nacidos fueran de matrimonio Kant considera que han sido introducidos de forma “furtiva”, a tal grado que sus vidas o están protegidas por el derecho. Esta deshonra es tan grande que Kant agrega que “ningún decreto puede borrar la deshonra de la madre si se conoce su alumbramiento fuera del matrimonio” (Kant, 2016). En lo que concierne al honor militar, la humillación de un compañero de armas y el consentimiento bastan para que al resultado final no se le clasifique como asesinato (*homicidium dolosum*). Aquí, tanto la opinión pública como el mismo sentimiento de deshonra tienen una función relevante en los argumentos de Kant. Sobre ambos puntos de vista Reinhard Brandt tiene razón al expresar que hay barbarie en “la pretensión de restablecer el honor merced al asesinato y en que la opinión pública suscriba este método” (Brandt, 2001).

Finalmente, en el párrafo siguiente Kant hace referencia del derecho de majestad (*Majestätsrechts*) en tanto derecho de gracia (*Begnadigungsrecht*). Fiel a su idea del derecho penal como expresión del imperativo categórico, Kant lo considera como un derecho que provoca injusticia al suavizar o perdonar la pena. No obstante, este derecho posee dos limitaciones: este derecho solamente puede ejercerse 1. Cuando el soberano sea el lesionado y 2. No ponga en peligro la seguridad del pueblo. Con esto Kant termina su exposición del derecho penal en sus principios metafísicos de la doctrina del derecho.

4. Consideraciones críticas sobre la teoría kantiana de la pena

La obra filosófica de Kant ha dejado un legado enorme en el campo de la filosofía. Prueba de ello es el movimiento filosófico europeo llamado neokantismo. En el derecho también existen periodos en los que se presenta la necesidad de volver a la filosofía kantiana,

er sterben — Kant und das Strafrecht”, en, Kugelstadt, Manfred (ed.), *Kant-Lektionen: Zur Philosophie Kants und zu Aspekten ihrer Wirkungsgeschichte*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 2008, 241-255. Zaczyk, Rainer, “Staat und Strafe — Bemerkungen zum sogenannten ‘Inselbeispiel’ in Kants Methaphysik der Sitten”, en, Landwehr, Götz (ed.), *Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit. Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit inder modernen Gesellschaft*, Gottinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1999, p. 87). Obviamente esta es una interpretación que atenúa el ejemplo de la isla, pero cabe siempre la duda sobre si esta lectura sistemática de la obra de Kant puede contrariar la lectura literal de dicho pasaje.

de forma renovada y crítica respecto a sus premisas. A partir de los años ochenta la recepción de la teoría kantiana de la pena ha tenido un retorno destacado en diversos ámbitos del derecho penal, a diferencia de la teoría hegeliana que en esencia se mantiene únicamente en vigencia a partir de la obra de Günther Jakobs. Maximiliano Hernández Marcos ha detallado con notorio detalle tres momentos de recepción del pensamiento de Kant en el derecho penal. El primero concierne al debate de los juristas en torno al código penal alemán de 1975, el segundo concierne a la comprensión de la teoría kantiana como teoría de la unificación (*Vereinigungstheorie*) y el tercero a considerar la teoría kantiana de la pena como una teoría mixta. (Hernández 2016).

Sobre el primer punto Hernández Marcos ha hecho un análisis más detallado de lo que podría hacer en este apartado, y sobre el segundo punto rastrea adecuadamente la idea de ver a Kant en diversos escritos de Otfried Höffe.⁹ Pero lo que haré a continuación es dejar a un lado estos dos puntos y centrarme en el tercer punto, así como en otro punto que es igual de relevante a mi parecer, pues ambos muestran en conjunto las recepciones contemporáneas referidas tanto a la recepción filosófica-penal como a la reflexión dogmática-penal. Me refiero, por una parte, a la recepción americana de la teoría kantiana de la pena y, por otra parte, a su contraparte alemana. Ambas recepciones tuvieron un eco importante a partir de los trabajos de B. Sharon Byrd y Joachim Hruschka, quienes también editaron juntos importantes trabajos sobre Kant.¹⁰

4.1. La recepción filosófica-penal: la teoría mixta

Prevenir y retribuir son vistas como dos formas contrapuestas de fundamentar la pena. Ambas concepciones son vistas así en virtud de sus fundamentos. Una tiene un fin utilitarista. La otra, un fin teleológico. Así, Kant es visto como el representante por excelencia

de la segunda. Al estar relacionada la prevención con fundamentos utilitaristas la visión kantiana de la pena entonces es presentada como una visión totalmente opuesta a la prevención. A pesar de tan notable diferencia, Byrd publicó a finales de los ochenta un artículo que se volvió una referencia fundamental para darle fuerza a la teoría mixta de la pena y, sobre todo, para pensar a Kant como un representante de esta teoría. Este ensayo tiene como título “la teoría de la pena de Kant. Preventiva en su amenaza, retributiva en su ejecución” (*“Kant’s Theory of Punishment: deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”*) (Byrd, 1989).

El ensayo de Byrd, escrito cuando era asistente de Hruschka y como un requisito parcial para doctorarse en la Universidad de Columbia, pertenece a una serie de posiciones filosóficas que buscan matizar el retribucionismo kantiano a partir de una lectura sistemática de la obra de Kant. Sobre esto existen lecturas previas y posteriores, como las de Donald E. Scheid y Mark Tunick respectivamente.¹¹ No obstante, la lectura de Byrd es la que ha logrado tener una mayor recepción. El ensayo de Byrd considera la teoría kantiana de la pena en el contexto de la integración de la pena con la sociedad civil. La inclusión de la contraposición entre el Estado de naturaleza y la sociedad civil permite realizar la tesis de la concepción mixta de la pena. Así, Byrd analiza la sección de Kant dedicada al derecho penal con la consideración de que la sociedad civil como una institución cuya función reside en la protección de los derechos individuales, tales como la libertad. Dentro de la sociedad civil el derecho penal es un instrumento que sirve para preservarla y por esta razón, sostiene Byrd:

Cualquier delito es una violación de esa sociedad o de la voluntad común y representa una vuelta al estado de naturaleza. Para mantener la seguridad, la legislación penal incluye una *motivación externa*, a saber, la *amenaza* de castigo, para persuadir al actor individual de que no viole sus mandamientos. Al amenazar con el castigo, se requiere que la sociedad proporcione una motivación

⁹ Sobre los dos trabajos de Höffe, que van de 1982 a 1999, véase: Höffe, Otfried, “Kants Begründung des Rechtszwangs und der Kriminalstrafe”, en Brandt, Reinhard (ed.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung. Symposium Wolfenbüttel 1981*, Berlín/Nueva York, De Gruyter, 1982, pp. 335-375; Höffe, Otfried, “Vom Straf— und Begnadigungsrecht”, en Höffe, Otfried (ed.), *Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Berlín, De Gruyter, 1999, pp. 213-233.

¹⁰ Véase, Byrd, Sharon B. y Hruschka, Joachim, *Kant and Law*, Routledge, Londres y Nueva York, 2006; Byrd, Sharon B. y Hruschka, Joachim, *Kant’s Doctrine of Right: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

¹¹ Cfr., Scheid, Donald E. “Kant’s Retributivism”, en, *Ethics* 93 (1983): pp. 262-282; Tunick, Mark. “Is Kant a retributivist?”, en, *History of Political Thought* 17 (1996): pp. 60-78. No obstante, la lectura de Hernández Marcos me hizo ver que la expresión “teoría mixta” también aparece en un ensayo de Thomas E. Hill. Al respecto, cfr., Hill, Thomas E. Jr. (1997/2000), “Kant on Punishment: A Coherent Mix of Deterrence and Retribution”, en, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 5 (1997), pp.291-314;

suficiente para *disuadir* el delito concreto.

El poder judicial, como institución social, se limita a ejecutar la pena a exactamente con la pena que se ha amenazado. La *retribución* en la *ejecución* del castigo asegura la justicia con respecto al individuo. (Byrd, 1989).

El argumento de Byrd es interesante porque mezcla ambas funciones de la pena y le da a la retribución un carácter limitativo y no fundamentador, matizando así la concepción kantiana. Para Byrd, la disuasión (¿prevención general positiva?), comprendida desde la sociedad civil, es el fundamento del derecho penal. En cambio, la retribución pierde su carácter fundamentador y funcionaría como límite para la pena misma. Esto también permitiría mostrar que ambas concepciones de la pena no son contrapuestas. Pero el desarrollo de la recepción americana no está libre de críticas. Creo que una objeción, acaso la más potente, es evidente: excluir a la retribución de todo fundamento del derecho penal. Esto contraviene las palabras del propio Kant respecto a la asociación de Kant del derecho penal con el imperativo categórico. Por esta razón esta tesis será objeto de una fundamentada polémica.

4.2. La recepción dogmática-penal: un retorno a la imputación

Otro campo de recepción del pensamiento de Kant en el derecho penal se encuentra en el concepto de imputación. Sin embargo, vale la pena aclarar algo: en la mayoría de los textos en los que se hace referencia a Kant en relación con la imputación, en muy pocas ocasiones se explica qué es lo que exactamente es retomado de Kant en relación con la imputación. Dicho de otro modo, la teoría penal de la imputación suele referirse a Kant, pero pocas veces se aclara qué es lo que dice Kant al respecto. En este sentido se le debe a Joachim Hruschka el desarrollo de ciertas ideas kantianas sobre la imputación.

La imputación es un concepto central de la dogmática jurídica contemporánea. De hecho, como se verá posteriormente con Hegel, la imputación es un concepto proveniente de la filosofía que hizo su migración a la dogmática penal. Imputar significa atribuir. Atribuir significa valorar. La forma de atribuir valorativamente “un hecho a un sujeto como su obra, es decir, la imputación, es anterior a la explicación del

fenómeno en términos causales”, como lo ha indicado Nicolás Cordini (Cordini, 2015). En la doctrina de la imputación (*Zurrechnungslehre*), que busca evaluar normativamente la reprochabilidad del agente al tomar en consideración diversas circunstancias (superando así al naturalismo), suelen encontrarse referencias a Kant o al neokantismo:

Imputar significa atribuir algo a alguien, mientras que la imputación es la valoración de alto atribuible a alguien. En consecuencia, está claro que solo se comenzará a hablar de imputación a partir del momento en que se admita que la teoría del delito no se agota en descripciones o verificaciones de hechos, sino que más bien constituye un conjunto de valoraciones al que se ha de someter un determinado hecho para que pueda ser considerado un delito. Este es el momento en el que ocurre la transición del naturalismo para el neokantismo. (Greco, 2021)

En este tenor, Hruschka sigue la doctrina kantiana de la imputación en cuanto rechaza las explicaciones naturalistas y se enfoca en la comprensión de las evaluaciones normativas en el ámbito del derecho penal. Al basarse en las reflexiones de Kant, Hruschka entenderá a la imputación como libertad del sujeto para llevar a cabo acciones u omisiones. Pero esto lo complementará con un análisis de la dogmática penal para plantear un sistema de reglas, a saber, reglas de conducta (*Erhaltensregeln*) y reglas de imputación (*Zurrechnungsregeln*) (Hruschka, 2009). Las reglas de conducta, de naturaleza prohibitiva, prescriptiva, permisiva y eximentes, se dirigen a los ciudadanos en su dimensión prospectiva, mientras que en su dimensión retrospectiva está dirigida a la autoridad jurisdiccional. Así, estas reglas de conducta tendrán la capacidad de atribuir responsabilidad.

Las reglas de imputación están desarrolladas en dos niveles. Una es la imputación de hecho (*imputatio facti*) y otra la imputación de derecho (*imputatio iuris*). El primer nivel de imputación opera como una subsunción tradicional, en el sentido de que busca adscribir un hecho a un sujeto. Este juicio de atribución de responsabilidad presupone algo más que una mera subsunción lógica. Dicho juicio debe presuponer la libertad de la persona, esto es, su capacidad de haber podido adecuar su conducta (acción u omisión) a las normas vigentes. Es aquí donde la idea de imputación kantiana cobra fuerza. El segundo nivel de

imputación, el de imputación de derecho, opera como una subsunción del hecho antijurídico a la culpabilidad. Aquí se trata de un juicio de reproche a la persona. Este reproche se fundamenta en la capacidad que tuvo la persona para determinar libremente su acción. De nueva cuenta, la idea kantiana de libertad como autodeterminación de la voluntad es fundamental para considerar válido el juicio de reproche al autor. Esto puede vincularse a los párrafos B y C vinculados al arbitrio y la adecuación del actuar libre de las personas a una legislación universal.

La recepción en general del pensamiento de Kant en la dogmática penal, como puede verse, presenta menos problemas que la defensa de la teoría kantiana de la pena. Es difícil incluso imaginar a la dogmática penal sin un concepto filosófico como el de imputación, el cual encontró un primer desarrollo tanto en Kant como en Hegel. No obstante, es momento de hacer una valoración final. En síntesis, sostengo que, a pesar de diversos esfuerzos filosóficos de reivindicación de la teoría kantiana de la pena, es difícil quitarle la etiqueta de “retribucionista”. Incluso el esfuerzo de Merle, acaso el más reciente y detallado esfuerzo que ha buscado mostrar que “tanto el concepto liberal de derecho y la teoría moral de Kant prueban ser incompatibles con su teoría retributiva penal”, (Merle, 2009) y que, por tanto, la lectura sistemática de Kant sería la más adecuada para vislumbrar un punto de vista preventivo y resocializador, se muestra difícil de sostener si tomamos las palabras de Kant en serio, en su tenor literal. Ciertamente, la tesis de Merle contiene argumentos válidos. Pero acaso lo mejor sería simplemente reconocer esta tensión entre su obra moral y jurídica en este apartado, en el cual Kant muestra una posición polémica hasta nuestros días.

5. Conclusiones

Este ensayo tuvo como objetivo explicar la teoría kantiana de la pena, tal y como es expuesta en *La metafísica de las costumbres*. Esto nos permitió mostrar las ideas de Kant de forma íntegra, sin sacarlas fuera de contexto para fines meramente clasificatorios. De este modo fue expuesto el retribucionismo de Kant, el cual, con base en sus propias ideas, es difícil de ver de un modo distinto, si bien existen diversas obras y ensayos que buscan matizar o contextualizar su planteamiento rigorista en este aspecto. Esta diversidad

de interpretaciones muestra la complejidad de un pensamiento filosófico como el de Kant. No obstante, considero que las interpretaciones sobre la teoría kantiana de la pena deben tomar en cuenta tanto a la obra de Kant en su contexto como sus afirmaciones expresas para comprender los porqués de sus afirmaciones. Tener afinidades con un filósofo no implica justificar acríticamente todas sus ideas. El pensamiento de Kant es el más claro ejemplo de un filósofo que sentó las bases del universalismo moral y al mismo tiempo posee aspectos particulares que deben ser criticados de cara a la complejidad de las sociedades modernas.

6. Referencias

- Alexy, Robert. 2021. *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- . 2019. Kant's Non-Positivist Concept of Law, en, *Kantian Review*, 24, 4, 2019, pág. 497-512
- Amengual, Gabriel. 2021. *La libertad en su realización. La Filosofía del Derecho de Hegel*, Granada, Comares, 2021.
- Brandt, Reinhard. 2001. *Immanuel Kant. Política, Derecho y Antropología*. Ciudad de México: Plaza y Valdés, 2001.
- Byrd, Sharon B. 1989. Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution. *Law Philos* 8, 151-200.
- Byrd, Sharon B. y Hruschka, Joachim 2006. (eds.), *Kant and Law*, Routledge, Londres y Nueva York, 2006.
- . 2010. *Kant's Doctrine of Right: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Campagna, Norbert. 2017. Begründung von Strafe (absolute vs. relative Begründung. [aut. libro] Jan C. Joerden y Eric Hilgendorf. *Handbuch Rechtsphilosophie*. Stuttgart: J.B. Metzler, 2017.
- Colomer, José. 2015. Kant's Theory of Law and the Principle of Freedom. [aut. libro] Jean-Christophe Merle y Alexandre Gomes Trivisonno. *Kant's Theory of Law*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2015.
- Cordini, Nicolás Santiago. 2015. El renacer de las teorías de la imputación en la dogmática jurídico-penal: ¿hacia una etapa superadora o involución a concepciones pre-científicas? *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 36. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Cortés, Francisco. 2020. *Del arte de la paz. Reflexiones filosóficas sobre justicia transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2020.
- . 2018. El derecho penal en Kant: los límites del retributivismo. [aut. libro] Gustavo Leyva y Pedro Álvaro y Stepanenko. *Los rostros de la razón: Immanuel Kant desde Hispanoamérica. II. Filosofía Moral, Política y del Derecho*. Ciudad de México: Anthropos/UAM Iztapalapa, 2018.
- Greco, Luis. 2021. *La teoría de la imputación objetiva. Una introducción*. s.l.: CEJH/Zela, 2021.
- Hart, H. L. A. 2019. *Castigo y responsabilidad. Ensayos de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Hegel, G.W.F. 2013. *Grundlinien des Philosophie des Rechts*. Hamburgo: Felix Meiner, 2013.
- Hernández, Maximiliano. 2016. La actualidad del Kant penalista. Un balance crítico. [aut. libro] Rafael Orden Jiménez, Juan Manuel Navarro Cordón y Rogelio Rovira. *Kant en nuestro tiempo: las realidades en que habitamos*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2016.
- Hill, Thomas E. Jr. 1997. *Kant on Punishment: A Coherent Mix of Deterrence and Retribution*, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 5, 1997.
- Herszenbaun, Miguel. 2019. Sobre el fundamento práctico de la pena en Immanuel Kant. *Isonomía-Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Vol. 50, págs. 49-80.
- Höffe, Otfried. 1999. "Vom Straf- und Begnadigungsrecht", en, Höffe, Otfried (ed.), *Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Berlin, De Gruyter, 1999.
- . 1982. *Kants Begründung des Rechtszwangs und der Kriminalstrafe*, en Brandt, Reinhard (ed.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung. Symposium Wolfenbüttel 1981*, Berlin/Nueva York, De Gruyter, 1982.
- Hruschka, Joachim. 2009. *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Buenos Aires : BdeF, 2009.
- Kant, Immanuel. 2015. *Die Drei Kritiken (Kritik der reinen Vernunft-Kritik der praktischen Vernunft-Kritik der Urteilskraft)*. Colonia: Anaconda, 2015.
- . 2016. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 2016.
- Kervégan, Jean-François. 2016. *La rationalité normative: impulsions hégéliennes*. 2016.
- Klug, Ulrich. 1968. Abschied von Kant und Hegel. [aut. libro] Jürgen Baumann. *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*. Fráncfort del Meno: Fischerbubüherei, 1968.
- Merle, Jean-Christophe. 2009. *German Idealism and the Concept of Punishment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Miró Linares, Fernando y Polaino-Orts, Miguel. 2013. *Imputación y valoración en derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*. Ciudad de México: Flores, 2013.
- Potter, Nelson. 1998. The Principle of Punishment is a Categorical Imperative. [aut. libro] Jane Kneller y Sidney Axinn. *Autonomy and Community. Readings in Contemporary Kantian Social Philosophy*. Nueva York: Sun Press, 1998.
- Rosen, Frederick. 1997. Utilitarianism and the Punishment of the Innocent: The Origins of a False Doctrine. *Utilitas*, Vol. 9, págs. 23-37.
- Roxin, Claus. 2008. *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2008.
- Sánchez-Ostiz, Pablo. 2008. *Imputación y teoría del delito*. Buenos Aires: BdeF, 2008.
- Santiago, Teresa. 2008. *Breve introducción al pensamiento de Kant*. Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2008.
- Schneewind, Jerome B. 2017. *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Scheid, Donald E. 1983. "Kant's Retributivism", en, *Ethics* 93, 1983: págs. 262-282.
- Torres, Ilse Carolina. 2020. *Sobre la fundamentación del castigo. Las teorías de Alf Ross*, H. L. A. Hart y Carlos Santiago Nino, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.
- Tunick, Mark. 1996. *Is Kant a retributivist*, en, *History of Political Thought* 17, 1996, págs. 60-78.
- Von der Pfordten, Dietmar. 2015, *Kant on the Right of Resistance*, en, Merle, Jean-Christophe y Traversoni Gomes Trivisonno, Alexandre (eds.), *Kant's Theory of Law*, Stuttgart, Nomos, 2015.
- Wood, Allen. 1999. *Kant's Ethical Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

- Zaczyk, Rainer. 2008. Hat er aber gemordet, so muß er sterben — Kant und das Strafrecht. [aut. libro] Manfred Kugelstadt. *Kant-Lektionen: Zur Philosophie Kants und zu Aspekten ihrer Wirkungsgeschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2008, págs. 241-255.
- . 2010. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- . 1999. Staat und Strafe — Bemerkungen zum sogenannten 'Inselbeispiel' in Kants Methaphysik der Sitten. [aut. libro] Götz Landwehr. *Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit inder modernen Gesellschaft*. Gotinga : Vandenhoeck & Ruprecht, 1999.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES