



Autora: Adriana Botero Martinez

Técnica: Acrílicos y sepia sobre cartón

Dimensión: 16 x 34

Año:

LA PENA EN KANT: ¿RETRIBUCIONISTA EN LO MORAL, PERO NO EN LO LEGAL? *

* Este artículo es la tesis de grado que presentó el autor al departamento de Filosofía de la Universidad de los Andes. El trabajo fue dirigido por el profesor Rodolfo Arango.

LA PENA EN KANT: ¿RETRIBUCIONISTA EN LO MORAL, PERO NO EN LO LEGAL?

*Jorge Tirado Navarro***

RESUMEN

En este artículo, el autor sostiene que los planteamientos de Kant en relación con la pena pueden encuadrarse en una teoría retributiva “débil” del castigo legal. En esta versión del retributivismo, la pena se justifica en la necesidad de prevenir y disuadir a la ciudadanía de cometer actos criminales, pero en el momento de imponer el castigo, el Estado sólo puede tener en cuenta para su individualización el que se haya (i) cometido un delito, y el (ii) grado de afectación de la libertad exterior que con él se genere. Para argumentar esta posición, se exponen los conceptos de libertad, Estado y derecho en Kant, mostrando cómo leídos en su integridad hacen poco plausible atribuirle a Kant un retributivismo “fuerte”, y las razones por las cuales dichos conceptos permitirían atribuirle una teoría retributiva en su versión débil. De igual forma se presentan las diferencias entre el ámbito de la moral y el derecho en Kant, para señalar las implicaciones que éstas tienen para su concepción de la pena, y se explica porqué un retributivismo “débil” no afecta la autonomía y la dignidad del individuo.

Palabras clave: Kant, pena, castigo, teoría retributiva, moral, derecho, Estado, libertad.

PUNISHMENT FOR KANT: IS RETRIBUTIONIST MORALLY, BUT IT IS NOT LEGALLY?

In this article, the author holds that the Kant’s ideas en relation with the punishment can be classified in a “weak” retributive theory about legal punish. In this views about retributivism, punishment is justified in the necessity to prevents and dissuades to the citizenship to commit criminal acts, but in the moment to imposes the punish, only the State can bear in mind for man individualization that this has (i) committed a crime, and (ii) the grade of affectation to the exterior freedom that the crime has generated. This position is argued by means of, expositions of freedom’s concepts, State and law for Kant, showing that when the Kant’s ideas are read in their integrity, it isn’t plausible to attribute to Kant a “strong” retributivism, and as well they permit to see the reasons so that those concepts can attribute a retributive theory in its weak view. In the same form is showed the differences between moral sphere and law for Kant, to show the implications that these have for his conception of the punishment, and is explicated because a “weak” retributivism doesn’t affects the autonomy and dignity of the man.

Keywords: Kant, punishment, punish, retributive theory, moral, law, State, freedom.

** Abogado y Filósofo de la Universidad de los Andes. Especialista en Gestión Pública e instituciones administrativas de esa misma Universidad.

LA PENA EN KANT: ¿RETRIBUCIONISTA EN LO MORAL, PERO NO EN LO LEGAL?

Históricamente, los planteamientos hechos por Immanuel Kant en relación con la pena y el castigo se han entendido como el fiel reflejo de una teoría retributiva “fuerte”. Esto es, una teoría del castigo que no acude a argumentos de control y reducción del crimen para justificar la imposición de la pena (Scheid: 262). Una teoría retributiva “fuerte” no castiga a quien delinque para evitar que otros imiten su conducta (prevención general), ni tampoco para impedir que quien es castigado reincida en su comportamiento (prevención especial). Lo hace porque quien delinque merece ser castigado y la sociedad debe condenar las acciones de los criminales (Tunick: 60).

No obstante que la mayoría de la literatura especializada ha considerado las tesis kantianas relacionadas con el castigo como constitutivas de una teoría retributiva “fuerte”, este trabajo quiere mostrar que contrario a lo que usualmente se ha creído, Kant observa en la pena un mecanismo eficaz para disuadir a los ciudadanos de la comisión de ciertas conductas objetivas, preservando así el orden en la sociedad y garantizando los derechos individuales de los asociados (Tunick: 72). Mientras que la teoría retributiva “fuerte” tiene como único objetivo castigar a quienes transgreden las leyes penales, porque una sociedad para ser justa debe condenar las acciones de los delincuentes, un retributivismo “débil”, además de perseguir la justicia, quiere desincentivar a la ciudadanía de cometer actos delictivos para controlar el crimen y reducir al máximo la afectación de los derechos de los individuos.

Dicho de otra forma, a Kant podría considerársele un defensor de la teoría retributiva de la pena en una versión “débil”: una en la que se admiten consideraciones de prevención y disuasión del delito para justificar la institución del castigo, pero que tiene en cuenta la infracción cometida para determinar si a una persona debe castigársele, así como para definir cuál debe ser la extensión de ese castigo. Un retributivismo “débil”, en contraste con las teorías preventivas de la pena, no aceptaría que se utilice a un delincuente como un medio para alcanzar beneficios sociales. El bienestar de la comunidad política no puede servir de argumento para agravar o aminorar la pena de un criminal. Quienes sostienen una teoría retributiva “débil” la sustentan en una (i) lectura sistemática de los conceptos kantianos de

libertad, Estado y derecho; y en (ii) la diferenciación que en el sistema filosófico de Kant existe entre el ámbito de la moral y el derecho.¹

En la versión retributiva “débil”, el derecho penal y la pena encontrarían su justificación en su capacidad de disuadir y prevenir el delito, y la retribución no sería la finalidad última de la institución, sino el límite que tiene el Estado cuando inflige un castigo a sus ciudadanos, a la vez que una garantía de que el infractor no será utilizado simplemente como un medio para alcanzar otros fines sociales (Byrd: 153).

Las teorías retributivas admiten que el hecho de que una persona haya cometido un delito es una condición necesaria y suficiente para la imposición de un castigo, y que éste para ser justo debe ser proporcional al delito cometido. Entre estas teorías hay acuerdo sobre el criterio que debe guiar la imposición del castigo pero no sobre la justificación general de la institución de la pena (Scheid: 264).

El orden de nuestra exposición será el siguiente: Primero, se hará un recuento de los apartes de la obra de Kant en los cuales se refiere de manera explícita a la pena. Segundo, se presentarán las posiciones sostenidas por algunos académicos que le atribuyen a Kant una teoría de la pena retributiva en sentido “fuerte”.² Tercero, expondremos los conceptos de libertad, Estado y derecho en Kant, mostrando cómo leídos en su integridad hacen poco plausible el atribuirle a Kant un retributivismo “fuerte”, y las razones por las cuales dichos conceptos permitirían atribuirle una teoría retributiva en su versión “débil”. Cuarto, presentaremos las diferencias entre el ámbito de la moral y el derecho en Kant, para señalar las implicaciones que éstas tienen para su concepción de la pena, y en quinto lugar, explicaremos porqué la tesis que en este artículo se expone no afecta la autonomía y la dignidad del individuo, como miembro de una comunidad política.

I

Debemos comenzar por decir, que la discusión acerca de cuál es la concepción de la pena en la filosofía del derecho de Kant, se suscita por diferentes pasajes de *Lecciones de Ética, Teoría y Práctica*, y de la *Metafísica de las Costumbres*. En

1 Esta posición es compartida por Don Scheid, ‘Kant’s Retributivism’, *Ethics*, Vol.93, No. 2 (Enero 1983), pg. 262-282; B. Sharon Byrd en ‘Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its execution’, *Law and Philosophy*, Vol. 8 (1989), pg. 151-200; y Mark Tunick, ‘Is Kant a retributivist?’, *History of Political Thought*, Vol. XVII, No. 1 (Spring 1996), pg. 60-78.

2 Jeffrey Murphy, ‘Marxism and Retribution’, *Philosophy and Public Affairs*, Vol.2, No.3 (Spring 1973), pg. 228-229; S.I Benn, “Punishment,” *The Encyclopedia of Philosophy*, ed. Paul Edwards, 8 vols. (London: Macmillan Publishers; New York: Free Press, 1967), Vol. 7, pg.30.; y Donald Clark Hodges, ‘Punishment’, *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 18, No.2 (Dic., 1957), pg. 209-210.

estas obras coexisten afirmaciones que podrían encuadrarse en un retributivismo “fuerte” o radical, con apartes en los que Kant introduce criterios para la imposición de la pena que van más allá de la (i) estricta valoración de la acción delictiva y de (ii) la gravedad que ésta reviste.

Kant, en *Lecciones de Ética*, explica los distintos tipos de castigo. Comienza por decir “que el castigo en general es el mal físico que se asigna a alguien por causa del mal moral que éste haya infligido” (95 Lecciones). Para Kant, los castigos se clasifican según su objetivo en preventivos o restitutorios. Los primeros se imponen para evitar que acontezca el mal, y los segundos precisamente porque el mal ha ocurrido. Los castigos son mecanismos “para evitar o penar el mal” (Kant: 95 Lecciones).

Y a renglón seguido traza una distinción entre el castigo legal y el moral: “Todos los castigos provenientes de la autoridad son de tipo preventivo, aleccionadores para el propio infractor o tendentes a aleccionar a otros mediante ese ejemplo. Ahora bien, los castigos de un ser tal que sanciona las acciones de acuerdo con la moralidad son castigos restitutorios” (Kant: 95 Lecciones). Distinción que se hace aún más clara cuando dice: “Todos los castigos impuestos por el príncipe y la autoridad son pragmáticos y sirven para corregir o como ejemplo disuasorio. La autoridad no castiga porque se haya delinquido, sino para que no se cometan delitos. Ahora bien, el delincuente, independientemente de esto, se ha hecho digno de castigo por lo que ha hecho” (Kant: 95 Lecciones).

De estas citas es posible concluir que para Kant el castigo legal (que proviene de la autoridad) quiere siempre prevenir que el delincuente reincida en su conducta, o que otros lo imiten con sus acciones. El castigo (jurídico) se impone no tanto porque se haya delinquido, sino para evitar que se cometan delitos, sin perjuicio de que su imposición tenga como presupuesto la comisión de un crimen.

En la *Metafísica de las Costumbres*, Kant afirma que “el derecho penal es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le ésta sometido, de imponerle una pena por su delito” (166 Metafísica). La pena deberá ser impuesta a quien transgreda las leyes públicas penales. Pero, “La pena judicial (poena forensis)...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 lo protege su personalidad innata” (Kant: 168 Metafísica).

El castigo legal no puede utilizarse simplemente como un medio para aumentar el bienestar del delincuente o la felicidad de una comunidad política porque se estaría

vulnerando el imperativo categórico en su segunda redacción.³ Si con la pena se quiere disuadir a la ciudadanía de cometer actos delictivos (reducir el crimen), y no se quiere utilizar al hombre como un simple medio para el logro de ese fin, es necesario que los destinatarios del castigo legal hayan delinquido. Es por eso que Kant expresa que “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*” (166 *Metafísica*).

Kant ilustra su posición con un ejemplo: “¿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?” (167: *Metafísica*). En este ejemplo a un delincuente se le dejaría de castigar, es decir, no se le daría el tratamiento que se merece, por los beneficios sociales que resultarían de no castigarlo, con lo cual se le estaría tratando simplemente como un medio para obtener un fin. Para Kant, “un tribunal rechazaría con desprecio al colegio médico que hiciera esta propuesta, porque la justicia deja de serlo cuando se entrega por algún precio” (167 *Metafísica*).

El pasaje en el que Kant con más vehemencia se muestra en desacuerdo con perdonar o dejar de castigar a un delincuente es el siguiente: “Aun cuando se disolviera la sociedad civil 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” (168-169 *Metafísica*).

Kant considera que ni siquiera la totalidad de los miembros de la sociedad civil puede arrogarse la potestad de disolver la organización política, sin antes haber castigado al último delincuente que se encuentre en prisión. De hacerlo, el pueblo se convertiría en cómplice del delito, porque con su actuación permitiría que quien infringió las leyes públicas penales (definidas por todos los ciudadanos) se sustraiga del castigo, con lo cual estaría manifestando en forma tácita su acuerdo con la conducta desplegada.

Para Kant, todo criminal debe ser castigado, quien delinque debe sufrir una pena. Sin embargo, en un aparte de la *Metafísica de las Costumbres* matiza esta

3 “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio (Kant: 116 *Fundamentación*)”.

posición cuando expresa: “Pero si el número de cómplices (correi) de tal acción fuera tan grande que el Estado, para librarse de semejantes criminales, tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito más, y sin embargo, no quisiera disolverse, es decir, pasar al estado de naturaleza, que es todavía peor porque carece de toda justicia exterior... entonces el soberano tiene que tener también en este caso extremo (*casus necessitatis*) para hacer él mismo de juez (representarlo) y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo...” (170 *Metafísica*). Esta cita lleva a pensar que la aplicación estricta del castigo legal, que busca precisamente preservar el Estado jurídico (conjunto de leyes públicas), no puede conducir a su destrucción.

Kant, tampoco considera útil que se castigue en los casos en que la pena no tiene la potencialidad de disuadir a las personas de desplegar la conducta prohibida en la ley penal. Cuando se refiere al infanticidio materno (nacimiento de hijo ilegítimo) y al asesinato de un compañero de armas en duelo, dice que es bastante dudoso que la legislación tenga derecho a imponerles la pena de muerte: “Puesto que la legislación no puede borrar la deshonra de un nacimiento bastardo y aún menos la mancha que, por la sospecha de cobardía, cae sobre un jefe militar subalterno que no opone a una afrenta una fuerza personal que supera el temor a la muerte, parece que los hombres en estos casos se encuentran en el estado de naturaleza y que el homicidio (*homicidium*), que entonces ni siquiera tendría que llamarse asesinato (*homicidium dolosum*), sería sin duda punible en ambos casos, pero no puede ser castigado por el poder supremo con la muerte” (172- 173 *Metafísica*).

Kant se pregunta, ¿cuál debe ser el criterio o patrón para determinar la extensión y el rigor de la pena? Responde, “que 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 inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Sólo la *ley del talión* (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo...” (167 *Metafísica*). La medida de la pena está dada por la restricción a la libertad externa que causa el delincuente cuando comete un delito.

II

Para Jeffrey Murphy, en Kant encontramos una teoría retributiva “fuerte” que tiene como punto de partida la reciprocidad en el comportamiento que debe existir entre los ciudadanos de una organización política. Según este autor, Kant considera que

hay una obligación política de mantener incólume la justicia, entendida ésta como la agregación de condiciones que hacen posible que la voluntad de un individuo coexista con la voluntad de otros de acuerdo con una ley universal de la libertad (Murphy: 228).

Esas condiciones mínimas desaparecen cuando la voluntad de un individuo busca imponerse sobre la de los demás, contraviniendo la ley universal de la libertad bajo la cual deben coexistir. Considera Murphy que cuando un individuo violenta esa ley universal consigue en el instante una ventaja injusta sobre quienes la obedecen en forma voluntaria. Es imperativo (al menos en un Estado jurídico) que nadie obtenga beneficios ni ventajas de la comisión de sus propios delitos. El objetivo de la pena sería entonces la restauración del balance entre la obediencia y el beneficio injusto obtenido (Murphy: 229).⁴

Donald Hodges también considera que la pena en Kant es un mecanismo para restablecer la justicia. Dice Hodges que el concepto de justicia exige que cada quien en ejercicio de su libre voluntad se abstenga con sus acciones externas de constreñir la voluntad de los demás de acuerdo con una ley universal de la libertad. Quien se sustraiga de este principio de justicia será acreedor de un castigo o retaliación equivalente a la restricción de la libertad que con la ejecución de su conducta haya causado en otro (Hodges: 209). La pena sería entonces el efecto justo de desplegar una conducta contraria al derecho positivo (penal), es decir, el resultado que le espera a quien en forma deliberada actúa en forma inconsistente con el deber (jurídico) contemplado en la ley.⁵

Por su parte, S.I. Benn va más allá de las posiciones antes expuestas por cuanto considera que una teoría retributiva “fuerte” observa en la pena la respuesta natural frente al delito; quien delinque debe necesariamente sufrir. La pena sería la respuesta inmediata e intuitiva a cualquier acción injusta, que además no requiere de ninguna justificación.⁶ Mientras que Murphy basa su planteamiento en la reciprocidad

4 En palabras de Murphy, Kant “offers a theory of punishment that is based on his general view that political obligation is to be analyzed, quasi-contractually, in terms of reciprocity. If the law is to remain just, it is important to guarantee that those who dis- obey it will not gain an unfair advantage over those who do obey voluntarily. It is important that no man profit from his own criminal wrongdoing, and a certain kind of “profit” (i.e., not bearing the burden of self-restraint) is intrinsic to criminal wrongdoing. Criminal punishment, then, has as its object the restoration of a proper balance between benefit and obedience (Murphy: 229).”

5 “Punishment is a particular kind of justice, according to Kant, and is defined as the legal and just effect of demerit. Demerit is imputable whenever one does less than what is demanded by statutory law. Punishment is proportional to demerit, which, in turn, is proportional to the importance or strictness of the duty violated, and the ease with which duty might have been fulfilled (Hodges: 210).”

6 “The most thoroughgoing retributivists, exemplified by Kant, maintain that the punishment of crime is right in itself, that it is fitting that the guilty should suffer, and that justice, or the moral order, requires the

en el comportamiento que debe existir entre los ciudadanos de una organización política, y Hodges en la necesidad de que las acciones externas de los ciudadanos no restrinjan la voluntad de los demás, Benn entiende la pena como la respuesta emocional que merece quien nos causa un daño: deseamos agredir a quien nos agrede. La posición de Benn puede ilustrarse mejor con la siguiente pregunta: ¿qué otra cosa merece quien despliega un acto injusto que la imposición de un castigo?

Las anteriores son todas posiciones que le atribuyen a Kant una teoría retributiva “fuerte” en la que la pena no encuentra su justificación en la disuasión y prevención del crimen, sino que sólo tiene en cuenta la infracción cometida para determinar si ha de imponerse un castigo y en qué extensión deberá hacerse.

III

Tal como lo señalamos en un principio, es posible enmarcar los planteamientos kantianos en relación con la pena dentro de una teoría retributiva “débil”. Una en la que el hecho de haber cometido un delito sea la condición necesaria y suficiente para la imposición de una pena justa, debiendo ésta ser proporcional al delito cometido, pero en la que la institución del castigo tenga como justificación general la de desincentivar el delito y prevenir el crimen (Scheid: 264), sin que bajo ninguna circunstancia pueda utilizarse al individuo simplemente como un medio para obtener un fin.

En Kant, la unión de las personas en un Estado civil, tiene lugar por la influencia recíproca que las acciones de los hombres tienen sobre sus pares. La influencia mutua e inevitable de los comportamientos humanos hace que los pueblos quieran organizarse en un Estado jurídico bajo una voluntad que los unifique.⁷ El estado jurídico es “por tanto, un sistema de leyes para un pueblo, es decir, para un conjunto de hombres, o para un conjunto de pueblos que, encontrándose entre sí en

institution of punishment. This, however, is not to justify punishment but, rather, to deny that it needs any justification.... Its intrinsic value is appreciated immediately and intuitively (Benn: 30)."

7 “La unión de muchas personas en orden a cualquier fin (fin común, que todos *tienen*) se halla en todo contrato social; pero la unión de estas personas que es fin en sí misma (fin que cada uno *debe tener*), **por tanto la unión en todas las relaciones externas, en general, de los hombres—que no pueden evitar verse abocados a un influjo recíproco—, es un deber primordial e incondicionado; tal unión sólo puede encontrarse en una sociedad en la medida en que ésta se halle en estado civil, esto es, en la medida en que constituya una comunidad** (Kant: 26 Teoría)”.

una relación de influencia mutua, necesitan... una voluntad que los unifique” (Kant: 140 Metafísica).

Antes de la configuración y concreción del estado civil o jurídico, no es posible para los hombres y pueblos estar seguros frente la violencia, ni tampoco conocer con certeza lo que es bueno y justo. Lo justo se encuentra relativizado y puede ser controvertido por la opinión de otro. En palabras de Kant, “antes de que se establezca un estado legal público, los hombres, pueblos y Estados aislados nunca pueden estar seguros unos de otros frente a la violencia y hacer cada uno lo que le parece justo y bueno por su propio derecho sin depender para ello de la opinión de otro” (141 Metafísica).

Del sistema de leyes producidas en el estado jurídico provienen los deberes externos de los individuos, son las leyes públicas las que definen que es el derecho entre los hombres, de acuerdo con lo cual “se puede atribuir a cada uno lo que es suyo y garantizárselo frente a una usurpación por parte de cualquier otro” (Kant: 26 Teoría). Lo que caracteriza un estado civil, es que a cada uno de sus miembros (ciudadanos) se le determina lo suyo *legalmente* y se le atribuye lo que le pertenece desde un poder exterior ajeno a la voluntad subjetiva de sus ciudadanos (Kant: 141 Metafísica).

Para Kant, en el estado de naturaleza no necesariamente reinan la guerra y la violencia, ni todo acto está signado por la injusticia, sino que es “un estado sin derecho (*status iustitia vacuus*), en el cual, cuando el derecho era controvertido (*ius controversum*), no se encontraba juez competente alguno para dictar una sentencia con fuerza legal...” (Kant: 141 Metafísica). En el estado de naturaleza, las leyes de propiedad prescriben lo mismo que en el estado civil, lo que trae de novedoso el tránsito de un estado a otro es la materialización de las condiciones externas para que esas leyes puedan realizarse. Incluso, si antes de constituirse el estado civil, no se reconociera ninguna adquisición como legal y no existiera al menos una propiedad provisional, los hombres no tendrían ninguna motivación para acceder a él, por cuanto no habría deberes externos ni títulos de propiedad (difusos) susceptibles de ser garantizados en el estado jurídico (Kant: 141-142 Metafísica).

El estado civil posibilita que las relaciones que los individuos guardaban con ciertos objetos en el estado de naturaleza puedan concretarse sin riesgo de que sus derechos sean discutidos o desconocidos por otros miembros de la comunidad. Lo que posibilita la salida del estado de naturaleza, es precisamente que en éste existen provisionalmente un mío y tuyo exteriores, y los hombres buscando salvaguardar esas relaciones provisionales de propiedad deciden entrar en el estado civil.

Si el objetivo del estado civil es el de proveer las condiciones bajo las cuales los deberes externos y las leyes de propiedad provenientes del estado de naturaleza

han de realizarse, mediante la producción de leyes públicas que atribuyan a cada quien lo que es suyo, buscando garantizárselo frente a una usurpación por parte de cualquier otro, no se ve como el fin de la pena, que es expresión del estado civil, pueda ser el de limitarse a castigar a quien haya delinuido (retributivismo fuerte), y no procurar que con la imposición del castigo se reduzcan las probabilidades de afectación de los derechos de los ciudadanos, esto es, que se controle y prevenga el crimen.

Las leyes públicas promulgadas en un estado civil, regulan las acciones de la ciudadanía, limitan la libertad en las relaciones externas de los hombres, estableciendo de este modo lo que es conforme a derecho. “El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal” (Kant: 26 Teoría).⁸ En Kant, el principal objetivo de toda organización política es el de garantizar a cada ciudadano su libertad individual,⁹ y la pena como parte integrante del sistema legal, que resulta de la constitución del estado civil, se justifica en tanto constituye un incentivo externo para que los ciudadanos se abstengan de infringir esa libertad (Scheid: 270).

La legislación pública (que es el derecho en el Estado civil) garantiza el más alto grado de libertad individual compatible con la libertad de otro (Scheid: 269). Es preferible que sea castigado quien obstaculiza la coexistencia de libertades, quien despliega acciones incompatibles con la libertad de todos, que retornar al estado de naturaleza en el cual los hombres no pueden protegerse de la violencia, ni tampoco actuar según les indique su propio arbitrio (sin tener en cuenta la voluntad de otro). La pena obstaculiza y se opone a la restricción de la libertad exterior que el delincuente pretende adelantar con su acción criminal.

El estado civil trae consigo una “legislación exterior poderosa” (Kant: 140) que le es exigible a los ciudadanos por medio de la coacción. La coacción implica forzar a un individuo libre a comportarse y actuar de acuerdo con la legislación exterior. La pena, siendo la máxima expresión de esa coacción, constituye un incentivo externo para que los ciudadanos se abstengan de infringir las leyes (Scheid: 265);

8 En una redacción diferente “*el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad*” (Kant: 39 *Metafísica*).

9 “*The conditions necessary for this universal freedom are secured through civil society. This society is an instrument of securing not only immediate, but more importantly, abstract extensions of individual freedom... The purpose of criminal law is to protect this social order... Punishment as a threat, used to secure society and in turn the maximum universal freedom of every member of that society, is clearly deterrent in nature*”, en: B. Sharon Byrd, ‘*Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution*’, *Law and Philosophy*, Vol. 8 (1989), pg. 154.

disuadiéndolos de la comisión de ciertas conductas objetivas consideradas como delitos en el estado civil.

Para Kant que alguien tenga un derecho subjetivo frente a otro, como el que le asiste a un acreedor de que se le pague lo que se le adeuda, significa que en ese caso el ejercicio de la coacción legal es compatible con la libertad de todos los ciudadanos del estado civil (Scheid: 267). El castigo previsto en la legislación exterior para quien no honra sus deudas civiles, la coacción que gravita sobre ese deudor, tiene como fin disuadirlo de desplegar actos contrarios a su deber legal, prevenir que infrinja las normas que regulan las acciones externas en la sociedad civil. Por ello afirma, “cuando se dice: un acreedor tiene derecho a exigir el pago de la deuda a su deudor, esto no significa 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...” (Kant: 42 Metafísica).

Kant no concibe que se pueda tener la propiedad legal sobre un objeto, si los asociados no tienen la obligación externa de abstenerse de utilizar ese objeto. Y esa obligación externa sólo puede existir para los ciudadanos en un estado civil que pueda mediante la coacción hacer cumplir las leyes de la propiedad (Scheid: 267). Por tanto, “algo exterior sería mío sólo si puedo suponer que el uso que cualquier otro hace de una cosa puede lesionarme, aunque yo no esté, sin embargo, en posesión de ella” (Kant: 56 Metafísica).

Tenemos entonces, que para Kant un auténtico sistema legal que establezca deberes y obligaciones para los ciudadanos debe estar respaldado en la amenaza del castigo. El sistema legal establece deberes externos para los ciudadanos, a la vez que dispone castigos y sanciones que sirven de incentivos negativos para no apartarse de los deberes previstos en la legislación. Esta concepción del sistema legal en la que el derecho y la coerción están estrechamente ligados sugiere que la pena y cualquier tipo de castigo tienen en Kant un rol de disuasión y prevención criminal. Con la pena se quiere desincentivar la comisión de ciertas conductas objetivas, se quiere prevenir que las acciones externas se aparten de la legislación penal.

Adicionalmente, en Kant una teoría retributiva “débil” encontraría respaldo en la justificación misma del estado civil. El estado civil tiene su justificación en una consideración de tipo consecuencialista: la de asegurar la libertad individual de todos los ciudadanos. El objetivo último de una organización política es el de lograr la consecución del máximo grado de libertad para cada uno de sus ciudadanos, siendo esta pretensión la que a su vez hace necesario la existencia de un sistema legal estatal.

IV

La distinción que hace Kant entre moral y derecho respaldaría una teoría retributiva “débil” de la pena. Aún cuando es cierto que Kant rechazaría cualquier pretensión de otorgarle carácter moral a una acción por sus consecuencias benéficas o efectos positivos, no puede ignorarse que en Kant el derecho y la moral se ubican en esferas distintas. Para Kant, los resultados positivos atribuibles a una acción no la revisten de un carácter ético, pero en el ámbito del derecho las acciones humanas pueden justificarse por los beneficios sociales que proporcionan (Tunick: 62).

En la esfera del derecho, cuando se juzgan las acciones humanas no sólo se tiene en cuenta su valor moral, sino también las consecuencias benéficas que puedan generar. Kant no le asigna un valor moral en sí mismo al castigo (legal), por cuanto la pena representa la máxima expresión de la coacción legal y la esfera legal está separada de la moral (Tunick: 62).

El objetivo de este capítulo es poner de presente (i) las distinciones que existen entre el ámbito de la moral y el derecho en Kant, y (ii) mostrar cómo esas diferencias permitirían decir que Kant defiende una teoría retributiva “débil” de la pena y no una “fuerte”. Primero, se expondrán las diferencias entre uno y otro ámbito, y después sus implicaciones para la teoría de la pena en Kant.

La libertad es el concepto central en la teoría del derecho y la moral en Kant. Al derecho le interesa la libertad externa, es decir, la libertad de cada quien para actuar según sus propios designios y decisiones. Las decisiones que toman los individuos son contingentes, y atienden a sus intereses y propósitos particulares, razón por la cual pueden entrar en pugna y en franca oposición. La función del derecho es entonces, la de conciliar o armonizar el arbitrio individual con el arbitrio del otro, con el fin de garantizar a cada individuo el máximo grado de libertad externa (Fletcher: 535). Las condiciones que garantizan ese máximo grado de libertad vienen dadas por las leyes públicas producidas en el Estado civil.

Para Kant, “los deberes nacidos de la legislación jurídica sólo pueden ser externos, porque esta legislación no exige que la idea de este deber, que es interior, sea por sí misma fundamento de determinación del arbitrio del agente y, puesto que ella, sin embargo, necesita un móvil adecuado para la ley, sólo puede ligar móviles externos con la ley (24 Metafísica)”.

En Kant, el sistema legal no sólo define las normas de derecho público, sino que prevé el uso de la coerción para proteger el sistema, en particular de quienes cometen crímenes y delitos contrariando lo que prescriben las leyes públicas (Fletcher: 536). Es importante resaltar que la libertad externa no nace con el derecho, ni éste viene a

realizar una nueva distribución de las libertades entre los ciudadanos, sino que el derecho se erige en un instrumento que optimiza el ejercicio de las libertades que los hombres ya poseían (Fletcher: 537).

La legislación se compone de una ley que prescribe una conducta objetiva (activa u omisiva), que contempla un deber, y de un incentivo negativo que motiva al ciudadano a actuar de acuerdo con ella, que lo obliga y lo constriñe a actuar en determinada forma (Byrd: 162). Las leyes públicas son la combinación del deber consignado en ellas y la motivación que sirve de incentivo para satisfacer ese deber (Byrd: 163).

El cumplimiento de los deberes externos que prescribe la ley puede verificarse empíricamente, y satisfacerse con independencia de los motivos personales que hayan llevado al ciudadano al despliegue de una conducta conforme al derecho (Byrd: 164). “A la mera concordancia o discrepancia de una acción con la ley, sin tener en cuenta los móviles de la misma, se le llama la legalidad (conformidad con la ley)...” (Kant: 24 Metafísica). En consecuencia, a la legislación jurídica sólo le interesa que las acciones externas de los ciudadanos correspondan con el deber contenido en la ley, y que el incentivo o motivo para haber actuado conforme a ese deber sea también externo (Byrd: 165).

Como lo señalábamos, la libertad es el elemento central en la teoría moral de Kant. Sin embargo, mientras que el derecho se ocupa de la libertad externa, a la moral le interesa la libertad interna de los individuos. En lo externo, la libertad se refiere a la ausencia de obstáculos y restricciones físicas, y en lo interno a la no interferencia de los sentidos con los dictados de la razón (Fletcher: 537).¹⁰ Kant piensa que tenemos la libertad interna para actuar exclusivamente conforme a los dictámenes de la razón.

Para Fletcher, la libertad interna puede visualizarse como la consecuencia de abstraer nuestras acciones del influjo proveniente de las inclinaciones y los sentidos (537). La libertad interna en Kant, es expresión de la razón pura en la acción humana. Se ubicaría con las nociones de autonomía, voluntad y noumeno en un mundo que va más allá de lo sensorial y de lo meramente perceptivo.

De ahí que en la moral kantiana, un individuo despliega acciones morales sólo cuando actúa por deber. Restringiéndose a lo que le corresponde por deber, el

10 “While external freedom arises from the absence of physical restraint, internal freedom, at least defined negatively, derives from the absence of sensual interference with the dictates of reason. Though we directly experience external freedom, we do not experience in the same way the freedom defined as the absence of sensual interference with the dictates of reason” (Fletcher 537).

individuo puede abstraer su conducta de la influencia de los sentidos y las inclinaciones sensoriales. Lo que se debe evitar para que una acción no pierda su valor moral, es que el individuo la ejecute animado por deseos e inclinaciones internas que persigan un fin o propósito determinado (Fletcher: 538).

Y es precisamente porque los hombres no actúan siempre guiados por el deber y la razón, por lo que se hace necesario la formulación de un imperativo categórico que constriña la voluntad de los individuos. Como bien lo anota Fletcher, el carácter categórico del imperativo viene dado por la ausencia de toda consideración externa, de todo cálculo o finalidad relacionada con el mundo fenoménico. Sólo el imperativo categórico puede otorgarle a una acción valor moral, por cuanto cualquier otro criterio que se utilice para constreñir las acciones de los hombres, que tenga en cuenta fines y propósitos en el mundo fenoménico, vincularía impulsos sensoriales a la conducta humana. El carácter moral de una acción no está dado por su correspondencia con una prescripción normativa, sino por la exteriorización de una conducta dictada por la razón y conforme al deber (Fletcher: 538).

Actuar por deber es atender los dictámenes de la razón. Y lo que dicta la razón es unívoco e invariable, por lo que los hombres que se apegan a ella sólo podrán actuar de una manera. La actuación conforme al deber genera esa necesidad objetiva. El individuo que quiere ver ceñidos sus actos a la moral, debe entonces enfocarse en abstraerse de las leyes que imperan en el mundo fenoménico, y someterse al mundo del noúmeno, en el cual impera la necesidad de la razón (Fletcher: 539).

¿Qué implicaciones tienen entonces las diferencias entre moral y derecho para una teoría de la pena en Kant? En la medida en que son esferas separadas que se ocupan de regular dos tipos distintos de libertad (la interna y la externa), es posible que cada sistema, de acuerdo con su propia finalidad y especificidad, decida restringirla con parámetros diferentes.

Hemos visto, que es en el ámbito de la moral (interno) en el cual el individuo debe procurar actuar por deber, cuidándose de no permitir que las inclinaciones y los sentidos puedan influir, motivar o modificar sus acciones. En el terreno de la moral, el individuo debe evitar que sus acciones estén motivadas por deseos y percepciones sensoriales que persigan un fin o propósito concreto en el mundo fenoménico.

En la medida en que una acción sólo tiene valor moral cuando es el reflejo de los dictados de la razón, es decir, cuando se actúa por deber, es comprensible que cuando se le juzga no se pueda acudir a sus consecuencias en el mundo exterior para calificarla de buena o mala. Y es por eso que cuando nos encontramos frente a una conducta moralmente reprochable (por apartarse de los dictados unívocos de la razón), el castigo que ésta merece no puede determinarse ni tampoco justi-

ficarse con argumentos consecuencialistas, tales como, disuadir a la ciudadanía de la comisión de acciones delictuales (control criminal) o la rehabilitación de delincuentes peligrosos.

Como el castigo (en el ámbito de la moral) no puede justificarse en los beneficios sociales que pudieran derivarse de su imposición, la atribución de un castigo sólo puede estar justificada por la falta cometida y la gravedad que ésta reviste, esto es, por una postura retributiva “dura”.

Pero en la esfera del derecho (libertad exterior), no sólo se tiene en cuenta el valor moral de las acciones humanas, sino también las consecuencias positivas y los beneficios sociales que pueden generar. El derecho no busca abstraerse del mundo fenoménico como lo hace la moral, sino que por el contrario busca conciliar los propósitos e intereses de los individuos, que se manifiestan en el ejercicio diario de su libertad exterior. En el ámbito del derecho cobran plena vigencia los derechos subjetivos y de propiedad que cada quien tiene, y los propósitos y aspiraciones concretas de cada uno de los ciudadanos.¹¹

La función del derecho es la de armonizar el arbitrio del uno con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad, con el fin de garantizar a cada individuo el máximo grado de libertad externa. Es por eso, que cuando un ciudadano con una acción delictual contraviene las leyes públicas puede imponérsele la pena que garantice a cada individuo el mayor grado de libertad, que bien puede ser aquella que disuada a otros de imitar esa conducta criminal o la que tenga la potencialidad de rehabilitar al delincuente.

¿Qué ocurriría, si no obstante existir un sistema legal que delimita los derechos de los ciudadanos, atribuyéndole a cada quien lo suyo, se cometieran tantos crímenes y delitos que nadie pudiera estar seguro de que sus derechos le serán respetados? Si la pena como máxima expresión de la coacción legal pública no disuade a las personas de cometer delitos, nadie en el Estado civil estaría a salvo de la violencia, y los derechos subjetivos seguirían relativizados tal como lo estaban en el estado de naturaleza (Kant: 141-142).

Kant, en varios apartes de su obra, le asigna a la pena un rol disuasivo: observa en la pena un mecanismo eficaz de control y reducción del crimen. En *Lecciones de Ética*, Kant distingue entre leyes morales y pragmáticas. Éstas últimas son las consignadas en los códigos y el derecho positivo, con las cuales se pretende regular

11 Como bien lo expresa Fletcher, “we can all have the same duties, but we cannot all have rights in the same objects. Duties unite us in a moral community of ends; rights divide in the concrete community of laws” (543).

las acciones que pueden afectar a otras personas y que deben ser obedecidas sin importar la aptitud o posición interna de quien actúa.

Kant afirma que las leyes pragmáticas son producidas por los gobiernos y Estados, mientras que las leyes morales no tienen autor. Y también dice que el castigo impuesto por una persona que siga criterios morales es de tipo retributivo, pero que el castigo por la vulneración de las leyes pragmáticas se impone con el ánimo de disuadir a otros de cometer la misma conducta y de reformar al delincuente (Tunick: 62). Para Kant, “Todos los castigos impuestos por el príncipe y la autoridad son pragmáticos y sirven para corregir o como ejemplo disuasorio” (Kant: 95 Lecturas). Y agrega: “La autoridad no castiga porque se haya delinquido, sino para que no se cometan delitos” (Kant: 95 Lecturas).

En la *Metafísica de las Costumbres*, Kant expresa que cuando la imposición de la pena de muerte ponga en riesgo la subsistencia del Estado mismo, debe poder prescindirse de su aplicación.¹² Es apenas lógico que así sea, porque si la pena es un mecanismo para asegurar la libertad y los derechos subjetivos de los ciudadanos en el Estado civil, no tendría sentido que su aplicación tuviera el efecto contrario: el de causar la disolución del estado, dejando a los individuos sin ningún poder exterior que pueda determinar qué es lo bueno y lo justo en las relaciones humanas. En Kant, la pena no tiene entonces un valor en sí mismo, sino que su imposición está justificada si con ella se logra la realización de la libertad y se aseguran los derechos subjetivos de los ciudadanos.

En el mismo sentido, cuando Kant se refiere en la *Metafísica de las Costumbres* al derecho de gracia que le asiste al soberano de eximir a un criminal del castigo que le corresponde, afirma que el ejercicio de ese derecho estará supeditado a razones prácticas relacionadas con la seguridad de la gente y la supervivencia del Estado.¹³ El soberano puede hacer uso de ese derecho cuando los crímenes cometidos afecten su majestad, pero no cuando atenten contra los intereses de sus súbditos.

12 “Pero si el número de cómplices (*correi*) de tal acción fuera tan grande que el Estado, para librarse de semejantes criminales, tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito más, y sin embargo, no quisiera disolverse, es decir, pasar al estado de naturaleza, que es todavía peor porque carece de toda justicia exterior...entonces el soberano tiene que tener también en este caso extremo (*casus necessitatis*) para hacer él mismo de juez (representarlo) y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo... (Kant: 170 *Metafísica*)”.

13 “En lo que respecta a los crímenes de los súbditos entre sí no le corresponde en modo alguno ejercer tal derecho; porque aquí la impunidad (*impunitas criminis*) es la suma injusticia contra ellos. Por tanto, sólo puede hacer uso de este derecho en el caso de que él mismo sea lesionado (*crimen laesae maiestatis*). Pero ni siquiera entonces puede hacerlo si la impunidad pudiera poner en peligro la seguridad del pueblo” (Kant: 174 *Metafísica*).

Y ni siquiera podría hacerlo en caso en que se afecte su majestad, “si la impunidad pudiera poner en peligro la seguridad del pueblo (Kant: 174)”.

Para Kant, las leyes públicas penales tienen como objetivo prevenir que los hombres desplieguen ciertas conductas, para lo cual prevé sanciones que operan como incentivos negativos. Es por eso que Kant no le ve sentido a una ley que impone un castigo, si ese castigo no tiene la potencialidad de impedir que la conducta prohibida se ejecute.

En su ensayo, “En torno al tópico: tal vez eso sea correcto en teoría pero no sirve para la práctica”, Kant nos da un ejemplo ilustrativo en el que justifica el castigo legal (no moral) con argumentos de disuasión y control criminal. En el ejemplo mencionado un hombre que navega sobre una balsa empuja a otro fuera de ella para salvar su vida. Es claro que su conducta es moralmente reprochable, porque la razón le impondría la obligación de no matar a un hombre que no constituye una amenaza directa para su vida. El hombre que empuja a otro fuera de la balsa no actúa por deber, sino por instintos e impulsos de supervivencia.

Para Kant, si el castigo previsto para quien mata a otro no tiene la más mínima potencialidad de prevenir la conducta prohibida, como en el ejemplo mencionado, en el cual la pena de muerte no puede disuadir a un hombre de quitarle la vida a otro para preservar la suya, el castigo pierde su razón de ser que es la de prevenir que los derechos subjetivos de los ciudadanos se vean afectados.¹⁴

De nuevo aparece la distinción entre derecho y moral en Kant: en el ejemplo de la balsa existiría el deber moral de no matar al otro (porque abstenerse de hacerlo es lo que indicaría la razón), por lo que quien comete homicidio en esas circunstancias debe ser condenado moralmente pero no castigado legalmente. La conducta no es punible porque el derecho con la amenaza del castigo no puede evitar que un hombre en iguales circunstancias actúe de otra manera.¹⁵

En la *Metafísica de las Costumbres*, en apartes dedicados a su teoría de la pena, Kant trae dos ejemplos elocuentes sobre circunstancias especiales en las cuales se debe prescindir del castigo por su incapacidad para disuadir a las personas de desplegar ciertas conductas prohibidas por el sistema legal. Así lo expresa cuando se refiere al infanticidio materno (nacimiento de hijo ilegítimo) y al asesinato de un

14 Dice Kant, “For the authorities can’t attach any punishment to this injunction, because that punishment would have to be death, and it would be an absurd law that threatened death to one who refuses to die voluntarily in a dangerous situation (68 On the Old saw)”.

15 “Legal duty is an external duty, while ethical or moral duty is internal duty. Legal duty binds by force or coercion. In the lifeboat example there is a moral not a legal duty not to kill the other person. The rescued person is to be morally condemned but not legally punished (Tunick: 65)”.

compañero de armas en duelo.¹⁶ En los dos casos queda clara la distinción entre el castigo moral y el castigo legal. Siempre que una persona no actúe por deber será merecedora de una condena moral. Cuando los actos humanos no correspondan con los dictados de la razón, y sólo busquen generar determinados efectos en el mundo fenoménico estaremos en presencia de una conducta moralmente reprochable. Pero la pena, como expresión coercitiva del sistema legal, sólo está justificada en la medida en que consiga disuadir a las personas de cometer delitos, asegurando así los derechos subjetivos y el mayor grado de libertad externa para cada uno de los ciudadanos.¹⁷

Además, la pena como incentivo negativo para no cometer crímenes tiene la potencialidad de crear buenos hábitos de conducta en los ciudadanos. Una persona moral no dejará de cometer actos reprobables por miedo a ser castigado legalmente, pero una que no actúe por deber puede exteriorizar acciones conforme al derecho por miedo a ser castigada. Los buenos hábitos de conducta que el castigo genera en los ciudadanos son benéficos para el Estado civil y el orden social (Kant: 95-96 Lecciones).

Hasta el momento, hemos argumentado que la distinción entre la esfera de la moral y el derecho en Kant permitiría atribuirle a éste una teoría de la pena que involucra consideraciones de disuasión y control criminal. Pero, ¿en qué radica entonces el carácter retributivo de su teoría? ¿Puede su concepción de la pena calificarse como la expresión de un retributivismo “débil”?

Una razón por la cual la teoría de la pena en Kant es de tipo retributivo, es por su insistencia en que una persona sólo puede ser castigada por el hecho de haber cometido un delito. Dice Kant, “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: 166 Metafísica). Debe admitirse, que tal como lo señala Mark Tunick, la limitante de que sólo pueda castigarse a quienes hayan cometido delitos, puede considerarse un “principio retributivo negativo” (retributivismo

16 *“Puesto que la legislación no puede borrar la deshonra de un nacimiento bastardo y aún menos la mancha que, por la sospecha de cobardía, cae sobre un jefe militar subalterno que no opone a una afrenta una fuerza personal que supera el temor a la muerte, parece que los hombres en estos casos se encuentran en el estado de naturaleza y que el homicidio (homicidium), que entonces ni siquiera tendría que llamarse asesinato (homicidium dolosum), sería sin duda punible en ambos casos, pero no puede ser castigado por el poder supremo con la muerte (Kant: 173 Metafísica)”.*

17 *“The reason we have the practice of legal punishment is not to give lawbreakers their just deserts, or to vindicate right or to absolve others, but rather to secure a peaceful society of ordered liberty, both by deterring would be violators of rights, and by instilling in man the habit of good deeds (Tunick: 67)”.*

bastante débil), por cuanto la mayoría de los utilitaristas también lo aceptarían porque castigar inocentes no es útil socialmente.¹⁸

Pero Kant defiende un retributivismo aún más fuerte en la *Metafísica de las Costumbres*, cuando muestra su desacuerdo con la posibilidad de exonerar de un castigo a un criminal que esté dispuesto a someterse a experimentos que puedan generar beneficios para la comunidad: “¿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: 167). Con lo cual el retributivismo defendido por Kant no sólo exigiría que se castigue a los culpables, sino que la pena que se le imponga a éstos sea proporcional a la gravedad de la conducta punible desplegada.¹⁹

Lo anterior es aún más claro cuando dice: “Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que 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 inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias te injurias a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo (Kant: 167 *Metafísica*)”.

Para Kant, lo contrario al derecho (por ejemplo el delito) “es un obstáculo o una resistencia a la libertad” (Kant: 40). La pena está justificada en tanto obstaculiza esa restricción de la libertad, se le opone y evita que se materialice (Kant: 40).²⁰ Por lo anterior, un castigo desproporcionado aún cuando pudiera ser más eficaz,

18 “This is a weak form of retributivism, something to which even utilitarians have committed. Rule-utilitarians argue that while the practice of legal punishment is justified on utilitarian grounds, the practice itself is constituted in part by a rule that we may punish only the guilty. A practice which allowed punishment of the innocent would not be socially useful (Tunick: 68)”.

19 “Kant is saying here not just that we may punish only the guilty but that when we punish the guilty we must give them exactly the punishment they deserve, no more and no less. I shall call this the “strong negative retributive principle” (Tunick: 69)”. En el mismo sentido, Sharon Byrd expresa que: “Justice in the execution of punishment demands both that the actor be guilty of the offense charged and that if he is guilty the punishment be executed as threatened. The reason for executing a threatened punishment must be the commission of the crime and not other social goal (Byrd: 196)”.

20 “Ahora bien, todo lo contrario al derecho (*unrecht*) es un obstáculo a la libertad según leyes universales: pero la coacción es un obstáculo o una resistencia a la libertad. 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; es decir, es conforme al derecho... (Kant: 40 *Metafísica*)”.

constituiría un obstáculo superior a la restricción causada con la comisión de un delito, constituyéndose el castigo en sí mismo en una represión ilegítima de la libertad exterior del delincuente.²¹

Cuando se le va a imponer una pena a un individuo, el interés de la sociedad ya no es el de prevenir el crimen y desincentivar la comisión de delitos (justificación general del castigo), sino el de darle al delincuente un tratamiento justo, porque para Kant ningún objetivo social tiene mayor valor que el individuo en sí mismo. “La pena judicial...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” (Kant: 166 *Metafísica*).

En el instante en el que un individuo delinque vulnera las leyes públicas de un Estado. Por ello puede perder su personalidad civil, es decir, perder su ciudadanía, pero el individuo conservará siempre su personalidad innata (que es anterior a la constitución del Estado civil), la cual lo protege de ser utilizado como un simple objeto para alcanzar beneficios sociales. No obstante haber delinquido, el individuo mantiene su integridad como agente moral.²²

¿Puede el retributivismo “débil” que aquí proponemos, ser conciliado con el principio general sostenido por Kant de que el hombre no puede ser utilizado nunca sólo como un medio sino siempre también como un fin?

Veamos pues que dice el imperativo categórico en su segunda redacción: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio (Kant: 116 *Fundamentación*)”. Pero en la lectura que aquí se expone de la teoría de la pena en Kant, al hombre no se le estaría utilizando sólo como un medio para controlar el crimen y disuadir a la ciudadanía de la comisión de delitos, sino que el objetivo propuesto se alcanzaría respetando su autonomía y dignidad como

21 “An excessive threat of punishment may be very effective, but not only would be a hindrance greater than the hindrance to freedom represented by the offense and thereby itself a hindrance to freedom, but its execution would be unjust to the individual actor (Byrd: 193)”.

22 “Again any advantage that could be gained for society generally, such as using the guilty for medical experimentation, cannot be a consideration when deciding upon the just treatment for the individual. The individual as a moral agent retains his integrity and infinite value even though he may lose the right to remain a member of civil society (Byrd 197)”.

persona, con lo cual se estaría respetando el postulado de actuar siempre teniendo a la humanidad como un fin.

V

Hemos dicho que la justificación general de la pena en una teoría retributiva “débil”, es la de controlar el crimen y desincentivar a los ciudadanos de cometer actos delictivos. También hemos afirmado que el carácter retributivo que tiene la pena en Kant, viene dado por los límites que debe observar el Estado en el momento de castigar a un individuo. Una pena sólo puede ser impuesta a un ciudadano porque éste ha cometido un delito, y la extensión del castigo debe ser proporcional a la gravedad de la infracción desplegada.

Sin embargo, vale preguntarse de dónde surge el derecho del Estado de castigar a un individuo con el propósito de disuadir a otros de que no imiten sus acciones. Dicho de otra forma, porqué la imposición de la pena no afectaría la dignidad humana y la autonomía del individuo (delincuente).

El delincuente no puede afirmar que se le ha impuesto la pena en forma injusta, porque él consintió sobre su propio castigo cuando estuvo de acuerdo en las reglas que habrían de gobernar las relaciones recíprocas entre los hombres. El delincuente se beneficia de los actos ceñidos a la ley que otros ciudadanos despliegan, razón por la cual la ventaja que obtiene contrariando el sistema legal debe desaparecer y contrarrestarse con la imposición de la pena.²³ Si un ciudadano deriva beneficios de las leyes públicas acordadas con otros ciudadanos, le debe obediencia a quienes entraron con él en un Estado civil, y a quienes sacrifican parte de su libertad con miras a mantener el orden social y proteger los derechos de las personas (Murphy: 228).²⁴

Pero, teniendo en cuenta que los criminales casi nunca estarían de acuerdo con ser castigados y reprendidos, ¿qué significa entonces que los delincuentes hayan consentido sobre su propio castigo? Respetar la autonomía y la dignidad hu-

23 *“Punishment, is not, in this view, a matter of injuring people because it is useful to us but of dealing with them in the way they deserve to be dealt with. The question for the retributivist is not: what will be the most advantageous way of disposing of this criminal? Rather it is: what is the just way to treat one of our fellow citizens who has willfully taken unjust advantage of the rest of us? (Gerstein: 77)”*.

24 *“The criminal himself has no complaint, because he has rationally consented to or willed his own punishment. That is, those very rules which he has broken work, when they are obeyed by others, to his own advantage as a citizen. He would have chosen such rules for himself and others in the original position of choice. And, since he derives and voluntarily accepts benefits from their operation, he owes obedience as a debt to his fellow-citizens for their sacrifices in maintaining them (Murphy: 228)”*.

mana de una persona, no equivale a satisfacer sus inclinaciones e instintos más primarios, ni tampoco consiste en saciar sus deseos inmediatos. A una persona se le respeta cuando se le trata como un hombre racional. Y un hombre racional rechazaría cualquier ley pública o comportamiento exterior que le diera una ventaja injustificada en el mundo fenoménico, sobre todo si con la materialización de esa ventaja, se restringe el grado de libertad exterior a la que tienen derecho otros hombres (Murphy: 229-230).²⁵ Para Kant, un hombre es realmente autónomo y libre sólo cuando es racional. Y es por eso que sólo la voluntad racional es digna de ser respetada.²⁶

En la lectura de Jeffrey Murphy, una persona sólo quiere y desea X en forma racional, si desde el momento de escoger las normas que han de regular las relaciones recíprocas entre los hombres, admite a X como una regla necesaria que debe ser observada y obedecida por todos.

En el momento inicial, en el que se deciden las leyes coactivas públicas que han de regular las relaciones entre los hombres en el Estado civil, no es posible que la naturaleza humana establezca reglas injustas, ni que éstas sean producto de un mero cálculo racional, por cuanto los hombres no saben si las reglas que se adopten serán ventajosas o perjudiciales para sus intereses personales. Puede decirse entonces, que los hombres han consentido en la imposición de su propio castigo, cuando al escoger las normas que regularían las relaciones entre ellos, decidieron que la institución de la pena era la forma más adecuada y racional de responder a ciertas conductas contrarias al derecho (Murphy: 230).²⁷

25 *“Respecting a man’s autonomy, at least on one view, is not respecting what now happens, however uncritically, to desire; rather it is to respect what he desires (or would desire) as a rational man... A rational man would object, and thus would never consent to, a practice where another might derive a benefit from a position at his expense (Murphy: 229-230)”.*

26 *“Now...on Kant’s... view a man is genuinely free or autonomous only in so far as he is rational. Thus it is man’s rational will that is to be respected (Murphy: 230)”.*

27 *“Thus I can be said to will my own punishment if, in an antecedent position of choice, I and my fellows would have chosen institutions of punishment as the most rational means of dealing with those who might break the other generally beneficial social rules that had been adopted (Murphy: 230)”.*

Don Scheid, en una línea de argumentación distinta, sostiene que al individuo cuando se le impone una pena no se le viola su autonomía ni dignidad: *“Kant recognizes that the individual cannot directly will his own punishment, for by definition punishment is the imposition of something unwanted...But the individual can will his punishment indirectly...In other words, although an individual cannot directly will or choose some outcome he does not want, he can choose something that has unwanted consequence attached to it. In this sense, then the criminal chooses to be punished: in committing his crime, he voluntarily puts himself in a position where he knows unwanted consequences (punishment) will or may result (Scheid: 276).*

Esta tesis encontraría respaldo en el siguiente pasaje de la *Metafísica de las Costumbres*: “Por tanto, cuando yo formulo una ley penal contra mí, como criminal, es la razón pura jurídico-legisladora en mí (*homo noumenon*) la que me somete a la ley penal a mí, como capaz de cometer crímenes, por consiguiente, como otra persona (*homo phaenomenon*) junto con todas las demás en una asociación civil (Kant: 171 *Metafísica*)”. El individuo, en uso de su razón pura jurídico-legisladora, determina cuáles deben ser las leyes penales en una asociación civil, es decir, qué se considera como delito, a la vez que se sitúa como posible destinatario de esas leyes, por ser sujeto capaz de desplegar en el mundo fenoménico las conductas prohibidas por el derecho penal.²⁸

El individuo que delinque ha tenido previamente la posibilidad de decidir qué es delito, y es por eso que cuando comete una conducta prohibida no es necesario contar con su consentimiento para imponerle un castigo. En palabras de Kant, “Yo, como colegislador que decreta la ley penal, no puedo ser la misma persona, que como súbdito, es castigada según la ley; porque como tal, es decir, como criminal, no puedo tener un voto en la legislación (el legislador es santo)” (Kant: 171 *Metafísica*).

En caso de que fuera necesario contar con la voluntad del delincuente para poderlo castigar, el individuo que transgrede la ley penal no sólo participaría como colegislador en la determinación de las conductas punibles, sino que en la práctica se convertiría en su propio juez, porque al ser necesario su consentimiento para imponerle una pena, el criminal tendría el mismo que considerarse como digno de castigo. Kant, en relación con este punto expresa lo siguiente: “Porque si a la facultad de castigar tuviera que subyacer la promesa del criminal de *querer* dejarse castigar, a él tendría también que encomendarse la tarea de considerarse digno de castigo y el criminal sería su propio juez (Kant: 172 *Metafísica*)”.

Para Kant, quienes sostienen que la pena afecta la autonomía y la dignidad del individuo cometen un error en su argumentación: confunden el juicio de la razón pura que ha hecho el criminal al estar de acuerdo con ser castigado y perder su vida, con la voluntad (práctica que se expresa en el mundo fenoménico) de querer quitársela a sí mismo. Con lo cual mezclan dos cosas distintas: la expedición de la ley penal, de la cual participa todo ciudadano, con el juicio jurídico que un tercero

28 “Let us take an analogous example: I may not, in our actual society, desire to treat a certain person fairly—e.g., I may not desire to honor a contract I have made with him because so doing would adversely affect my own self-interest. However; if I am forced to honor the contract by the state, I cannot charge (i) that the state has no right to do this, or (ii) that my rights or dignity are being violated by my being coerced into doing it. Indeed, it can be said that I rationally will it since, in the original position, I would have chosen rules of justice (rather than rules of utility) and the principle, “contracts are to be honored,” follows from the rules of justice (Murphy: 230-231)”.

(llamado juez) debe hacer de las conductas desplegadas en el mundo fenoménico. Dice Kant: “El punto clave del error de este sofisma es el siguiente: que el propio juicio del criminal de tener que perder la vida (que ha de atribuirse necesariamente a su razón) se considera como una decisión de la voluntad de quitársela a sí mismo, y de este modo se representan como unidos en una y la misma persona la ejecución y el juicio jurídicos (Kant: 172 *Metafísica*).

Además, la principal característica del Estado civil es que en éste, a los ciudadanos con base en las leyes públicas se le determina “legalmente y se le atribuya desde un poder suficiente (que no sea el suyo, sino uno exterior) lo que debe ser reconocido como suyo... (Kant: 141 *Metafísica*)”. Lo que convierte al Estado de naturaleza en un estado sin derecho, es precisamente que cuando los derechos son controvertidos, no hay un juez competente para dictar una sentencia con fuerza legal.²⁹

Si con el tránsito al estado jurídico (civil), los hombres y pueblos pueden estar seguros de sus derechos subjetivos, porque éstos ya no dependen de la opinión de otros, sino que cualquier controversia sobre ellos es definida por un juez de acuerdo con las leyes jurídicas externas, no se entendería porque la decisión de imponer una pena a un delincuente estaría sujeta a su consentimiento, y no a la valoración jurídica que haga el juez de la conducta desplegada. Kant expresa en relación con este punto que, “no es pueblo (cada individuo en el mismo) quien dicta la condena de muerte, sino el tribunal (la justicia pública), por tanto, otro distinto del criminal, y en el contrato social no está contenida en modo alguno la promesa de permitir ser castigado, disponiendo así de sí mismo y de la propia vida (Kant: 172 *Metafísica*)”.

CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo, hemos sostenido que los planteamientos que Kant hace en relación con la pena en *Lecciones de Ética, Teoría y Práctica*, y en la *Metafísica de las Costumbres* podrían encuadrarse en una teoría retributiva “débil” del castigo legal. En ésta versión del retributivismo, la pena se justifica en la necesidad de prevenir y disuadir a la ciudadanía de cometer actos (criminales) contrarios a las leyes penales. Pero en el momento de la imposición del castigo, el Estado sólo puede tener en cuenta para su individualización el que se haya (i) cometido un

29 “...pero era en verdad un estado sin derecho (*status iustitia vacuus*), en el cual, cuando el derecho era controvertido (*ius controversum*), no se encontraba juez competente alguno para dictar una sentencia con fuerza legal (Kant: 141 *Metafísica*)”.

delito, y el (ii) grado de afectación de la libertad exterior que con él se genere, para determinar cuál debe ser la extensión de la pena.

La tesis que aquí se expone está respaldada en los siguientes argumentos:

Primero, el objetivo del Estado civil es el de garantizar las condiciones materiales bajo las cuales los deberes externos y las leyes de propiedad provenientes del estado de naturaleza han de realizarse. Esto se logra mediante la expedición de leyes públicas que atribuyen a cada quien lo que es suyo, a la vez que buscan protegerlo de una usurpación por parte de cualquier otro.

En Kant, el objetivo principal de toda organización política es el de garantizar a cada ciudadano su libertad individual, y la pena sólo contribuye a la realización del máximo grado de libertad posible, si con ella se consigue disuadir a las personas de cometer actos criminales. De no ser así, el peligro que gravitaría sobre los derechos subjetivos de los ciudadanos sería de tal magnitud que nada sería distinto al estado de naturaleza.

Además, para Kant sólo se tiene la propiedad legal sobre un objeto, cuando sin importar si alguien lo posee físicamente, las demás personas tienen la obligación externa de abstenerse de utilizarlo. Y esta obligación externa sólo existirá para los ciudadanos en un Estado civil que mediante la coacción desincentive comportamientos contrarios a las leyes de propiedad.

Segundo, aún cuando la lectura que se expone en este artículo es incompatible con la concepción de la moral en Kant, la interpretación resulta plausible si se le mira desde la esfera del derecho. Como en el terreno de la moral, una acción sólo es ética si ésta se despliega por deber, teniendo como guía los dictados de la razón, es consecuente con lo anterior que para juzgarla como buena o mala no se tengan en cuenta los efectos (positivos o negativos) que haya desencadenado en el mundo exterior.

Pero al derecho, por ocuparse de la libertad exterior, le interesa conciliar los diferentes intereses (muchas veces contrapuestos) de los individuos, que se realizan y materializan en el mundo fenoménico. Y para armonizar ese cúmulo de propósitos particulares, cuando se infringen las leyes públicas penales, el Estado puede imponer la pena que garantice a cada individuo el máximo grado de libertad, que bien puede ser aquella que desincentive a otros a imitar la conducta desplegada, o la que mejor proteja los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Sin importar que la justificación general del castigo sea la de controlar el crimen y disuadir a los ciudadanos de cometer actos contrarios al derecho penal, cuando se imponga la pena a un individuo, éste debe ser “digno de castigo”, es decir, ha debido

transgredir las leyes públicas penales, y la pena impuesta debe ser proporcional a la gravedad de la conducta punible desplegada.

La pena está justificada porque es un obstáculo a la restricción de la libertad ocasionada por el delincuente con sus actos. De ser la pena mayor que la restricción (el delito), aquella se constituiría en una represión ilegítima de la libertad exterior del delincuente. En el momento de individualizar la pena, el interés de la sociedad ya no es el de prevenir el crimen y desincentivar el delito, sino el de darle al delincuente lo que se merece, porque para Kant ningún objetivo social tiene tener mayor valor que el individuo en sí mismo.

Para Kant, la imposición de la pena no viola la autonomía y dignidad del individuo por cuanto el criminal consintió sobre su propio castigo, cuando estuvo de acuerdo con las reglas que en su comunidad política habrían de regir las relaciones entre los hombres.

Los ciudadanos, al momento de constituir el Estado civil, decidieron que la pena era la forma más adecuada y racional de contrarrestar ciertas conductas contrarias a las leyes públicas. Si tuviera que preguntársele al individuo que delinque, si está de acuerdo con ser castigado, el criminal como ciudadano legislador no sólo habría tenido un voto en la expedición de las leyes penales, sino que se convertiría en su propio juez, porque sería él mismo quien valoraría si su conducta es contraria al derecho penal, lo cual en un Estado jurídico es claramente inaceptable.

A un criminal se le respeta como persona cuando se le trata como un hombre racional, es decir, cuando se le impone un castigo sin tener en cuenta sus inclinaciones y deseos inmediatos: un hombre racional rechazaría cualquier acción externa que le diera una ventaja injusta en el mundo fenoménico; no estaría de acuerdo con ningún acto que restringiera la libertad exterior de otras personas. Y es por eso que si al delincuente se le respeta su autonomía y dignidad debe dársele lo que merece por sus actos: un castigo por apartarse de las leyes penales.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

KANT, Immanuel. *Lecciones de ética*. Barcelona: Crítica, 2008.

KANT, Immanuel. Teoría y Práctica. Madrid: Tecnos, 2002.

ARTÍCULOS

BENN, S.I., "Punishment". *The Encyclopedia of Philosophy*, 7 (1967).

BYRD, B. Byrd, "Kant's Theory of Punishment: deterrence in its Threat, Retribution in its Execution". *Law and Philosophy*. 8 (1989): 151- 200.

FLETCHER, George P., "Law and Morality: A Kantian Perspective". *Columbia Law Review*, 87 (1987): 533-558.

GERSTEIN, Robert, "Cruel and Unusal? A Retributivist Response". *Ethics*, 85.1 (1974): 75-79.

HODGES, Donald Clark, "Punishment". *Philosophy and Phenomenological Research*, 18 (1957): 209-218.

MURPHY, Jeffrey, "Marxism and Retribution". *Philosophy and Public Affairs*, 2.3 (1973): 217-243.

SCHEID, Don E. "Kant's Retributivism". *Ethics*. 93 (1983): 262-282.

TUNICK, Mark. "Is Kant a retributivist?". *History of Political Thought*. 17 (1996): 60-78.