

# REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

---

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •  
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •  
EJECUCIÓN DE LA PENA

## **DIRECTOR**

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

## **ÁREA PROCESAL**

MIGUEL Á. ALMEYRA

## **COORDINADORES**

MATÍAS BAILONE  
GABRIEL IGNACIO ANITUA

## **EDITOR RESPONSABLE**

FRANCISCO J. CROCIONI

## **COMITÉ ACADÉMICO**

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)  
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)  
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)  
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)  
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA 1926-2015)  
NILO BATISTA (BRASIL)  
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)  
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA 1942-2015)  
EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)  
LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)  
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)  
JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)  
SERGIO MOCCIA (ITALIA)  
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)  
ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)  
GLADYS ROMERO (ARGENTINA 1933-2014)  
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)  
JUAREZ TAVARES (BRASIL)  
JOHN VERVAELE (HOLANDA)  
JOSÉ SAEZ CAPEL (ESPAÑA)

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

## COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA  
FERNANDO ARNEDO  
JAVIER BAÑOS  
RICARDO BASÍLICO  
VERÓNICA BILCZYK  
MARÍA LAURA BÖHM  
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA  
LEONARDO BROND  
CARLOS CARAMUTI  
ROBERTO MANUEL CARLÉS  
CARLOS CHIARA DÍAZ  
MELINA DE BAIROS MOURA  
JAVIER DE LUCA  
HORACIO DIAS  
MATÍAS EIDEM  
DANIEL ERBETTA  
ADRIÁN FERNÁNDEZ  
RUBÉN E. FIGARI  
MARIANO GUTIÉRREZ

JUAN MANUEL LEZCANO  
MANUEL MAROTO CALATAYUD  
JULIANA OLIVA  
LORENA PADOVAN  
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ  
MARCELA PAURA  
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ  
JONATHAN POLANSKY  
PABLO QUALINA  
RODRIGO M. RASKOVSKY  
MARCELO RIQUERT  
GUIDO RISSO  
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ  
MÁXIMO SOZZO  
PABLO TELLO  
VALERIA VEGH WEIS  
MYRNA VILLEGAS DÍAZ  
JONATAN WAJSWAJN  
VERÓNICA YAMAMOTO  
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE  
**ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)**

### **Criterios uniformes para el envío de colaboraciones**

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a [laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com](mailto:laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com). Los mismos deben ir acompañados del currículum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

**Nota de la Dirección:** las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

## **FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL**

---

### DOCTRINA

- Immanuel Kant: de la filosofía teórica a la teoría penal  
Por **Miguel Herszenbaun** ..... 203

## **CRIMINOLOGÍA**

---

### DOCTRINA

- Feminismos e poder punitivo: vulnerabilidades e resistências  
Por **Augusto J. Do Amaral y Fernanda Martins** ..... 213
- El delito de cuello blanco  
Por **Ignacio E. Ballesteros** ..... 230
- La convocatoria a erigir un derecho penal partisano  
Por **Patricio B. Esteban** ..... 234
- La legalidad penal-mediática. La mercantilización del “producto” político-criminal entre  
viejos y nuevos medios de comunicación  
Por **Mario Caterini** ..... 244

## Immanuel Kant: de la filosofía teórica a la teoría penal (\*)

POR MIGUEL HERSZENBAUN

Los juristas que han dedicado su vida al estudio del Derecho penal no pueden abandonar una preocupación jurídico-filosófica fundamental: la pregunta por el fundamento de la ley penal y el castigo. En el marco de esta preocupación, algunos se han detenido en la obra de Kant con el anhelo de encontrar una respuesta a sus acuciantes preguntas.

La obra de Kant conforma un sistema, lo que la hace difícil de ser apreciada y comprendida si se la toma por partes. Con esto quiero decir que no puede entenderse lo que Kant sostenga sobre la naturaleza de la pena y su fundamento, si no encuadramos esta cuestión en el marco más amplio de su filosofía práctica y esta, a su vez, en el marco aún más general de su filosofía teórica.

Muchos lectores suelen catalogar a la filosofía práctica (ética y jurídica) de Kant con un conjunto de términos. *Formalismo, punitivismo, retribucionismo, concepción teológica y moral del Derecho y de la pena* son algunas de las etiquetas que encontramos asociadas al pensamiento práctico de Kant. La acusación de formalismo diría que la filosofía práctica de Kant (tanto jurídica como ética) es de carácter puramente formal: los deberes se reducen a fórmulas carentes de contenido y no pueden brindar mandatos positivos. Esta acusación se basa, como veremos más adelante, en el carácter formal del imperativo categórico, el principio supremo de la filosofía práctica kantiana. La acusación de punitivismo diría que Kant defiende la existencia del castigo *per se*, sin importar su utilidad y sin brindar una ulterior fundamentación. Esto supondría que la teoría kantiana de la pena es una teoría irracional o fundada en motivos morales que no tienen una justificación racional ulterior. La acusación de retribucionismo indicaría que el castigo solo

pretende retribuir, es decir, repetir el mal sufrido por la víctima en la persona del delincuente. Si esta retribución no se encuentra guiada por una finalidad, parecería que nos encontramos en el mero terreno de la venganza, lo que hace de la teoría kantiana una teoría inútil e irracional. Por último, se asocia la teoría de la pena de Kant con una posición moral o teológica. Los intérpretes letrados, habituados a diferenciar el terreno de la moral del estrictamente jurídico, ven en la teoría de la pena de Kant un mandato moral o teológico de realizar en el mundo terrenal un orden justo según una determinada concepción moral o religiosa. Si bien exigir que la realidad sea acorde a las prescripciones morales no sería en sí mismo algo reprochable, lo cierto es que esta objeción toma su verdadero sentido cuando advertimos que la moral y la religión —al menos, entendidas desde la perspectiva del experto en Derecho— son órdenes normativos históricos y contingentes. Con lo cual, fundar una teoría de la pena en un orden moral o religioso (histórico y contingente) supondría brindar una fundamentación no racional del castigo (1).

(1) Este tipo de lecturas puede encontrarse en MATERNI, Mike C., "Criminal Punishment and the Pursuit of Justice", *British Journal of American Legal Studies*, vol. 2, 1, 2013, ps. 272-273, KLUG, Ulrich, "Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht", Ed. Springer, Berlín, 1981; KLUG, Ulrich, "Abschied von Kant und Hegel", BAUMANN, Jürgen, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, Frankfurt del Meno, 1968; y KLUG, Ulrich, "Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel", *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970, ps. 38-40, JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, 1964, t. II, p. 41, ROXIN, Claus, "Culpabilidad y prevención en derecho penal", Ed. Reus, Madrid, 1981, p. 44, ROXIN, Claus, "Derecho penal", Ed. Civitas, Madrid, t. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997, p. 81. Ya Hegel en su *Filosofía del derecho* había criticado el formalismo kantiano y la invocación del deber por el deber, véase HEGEL, Georg W. F., "Principios de la filosofía del derecho", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2004, p. 135; parág. 135, observación.

(\*) El presente trabajo es una producción realizada en el marco del seminario de investigación de la cátedra de Derecho Penal de la Dra. Mary Beloff, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

No puede decirse que estas descripciones sean por completo equivocadas, aunque sí creo que en ellas se brinda una imagen fuertemente distorsionada de la posición de Kant. A mi entender, puede despejarse esta caricatura de Kant si logramos entender el fundamento racional por el que Kant se ve conducido a una teoría de la pena retributiva y anti-utilitaria. En otras palabras, no se trata de catalogar las ideas de Kant bajo títulos generales, sino de entender las razones que conducen a la concepción kantiana de la pena. El objetivo de este texto será, en consecuencia, enmarcar la cuestión penal dentro de los marcos más generales de la filosofía de Kant, a fin de hacer comprensible las razones por las cuales Kant deduce las características propias del Derecho penal.

La teoría de la pena de Kant se encuentra fundamentalmente en la *Metafísica de las costumbres*, obra en la que el filósofo desarrolla los principios jurídicos y morales que deben regir a la comunidad. Allí Kant nos dice que la pena no debe estar sujeta a ninguna condición ulterior más que la comisión del ilícito. La culpa es la condición suficiente y necesaria para la aplicación del castigo. Su ejecución —en su cantidad y naturaleza— está determinada por la *ley del talión* y no puede sufrir alteraciones por motivos pragmáticos o utilitarios. Kant llega incluso al extremo de sostener que las penas deberían implementarse aun en el hipotético escenario en el que la sociedad misma fuera a dispersarse, lo que indica que las penas son obligatorias, aunque no tengan utilidad disuasoria o preventiva. A su vez, Kant agrega que el delincuente presta su consentimiento en la ejecución de su castigo. Claro que, para entender semejante afirmación, debemos considerar la distinción establecida por Kant entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon* (2).

Semejante caracterización de la pena amerita algunas preguntas: ¿cuál es el fundamento de la norma penal? ¿Por qué la pena es categórica? ¿Por qué el criterio utilitario no juega ningún papel en la determinación del castigo? ¿Por qué la pena debe ser retributiva y acatar la Ley del

Talión? Y finalmente, ¿en qué sentido se puede decir que el criminal presta su consentimiento al castigo?

Como resulta evidente, es imposible contestar todas estas preguntas a la vez. Y solo podemos emprender el camino, si comenzamos por indicar algunas cuestiones generales del pensamiento de Kant.

En primer lugar, la filosofía kantiana —llamada idealismo trascendental o filosofía crítica— parte de una idea revolucionaria catalogada como *giro copernicano*. Esta idea revolucionaria consiste en ubicar al sujeto cognoscente en el centro de la indagación filosófica (3). En lugar de esperar que la naturaleza se revele y nos enseñe qué podemos conocer, el giro copernicano pone a la razón en un lugar preponderante, en el lugar de un juez que interroga a la testigo (la naturaleza) y —si continuamos con la metáfora jurídica que el propio Kant utiliza— que debe evaluar su propia potestad epistemológica, trazar los límites de sus aptitudes para el conocimiento. La razón se vuelve jueza de sí misma y debe establecer cuáles son los límites de sus facultades gnoseológicas, qué tan lejos puede llegar el conocimiento puramente racional.

En esta evaluación epistemológica se deberá decidir qué puede conocer la razón *a priori* (con independencia de la experiencia), esto es, cuáles son las leyes que la razón se puede dar a sí misma, cuáles son las leyes que la razón puede imponerse a sí misma con anterioridad a la experiencia. En el terreno de la filosofía teórica, Kant descubrirá que la subjetividad posee ciertos elementos inherentes que no son aprehendidos a partir de la experiencia, sino que son impuestos a la experiencia como condiciones de su posibilidad. Estos elementos permitirán un conocimiento *a priori*, originado en el sujeto racional, pero válido para la experiencia. Entre estos elementos contamos

(2) KANT, Immanuel, "Metafísica de las costumbres", Ed. Altaya, Barcelona, 1996, ps. 166-170. Todas las citas de la *Metafísica de las costumbres* se hacen indicando la paginación de la traducción aquí utilizada.

(3) KANT, Immanuel, "Crítica de la razón pura", Ed. Colihue, Buenos Aires, 2007, Bxi-Bxvi. Todas las citas de la *Crítica de la razón pura* se hacen indicando la paginación de la primera o segunda edición de la obra con las letras A y B respectivamente. Todas las citas de la *Crítica de la razón práctica*, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* y *Prolegómenos* se hacen indicando la paginación de la edición académica alemana.

con las formas de la intuición o de la sensibilidad y las leyes que el entendimiento impone a los fenómenos (4).

El ejemplo paradigmático es la Ley de Causalidad. Si pretendemos fundamentar la causalidad y su necesidad característica, nos encontraremos con que ni la experiencia ni los meros conceptos de causa y efecto son suficientes. La mera existencia de un ente no indica nada respecto de la existencia de otro ente. Y la experiencia no puede fundamentar el carácter *necesario* del vínculo entre la causa y el efecto (5). Sin embargo, la causalidad es fundamental para la unidad y objetividad de la experiencia. Si la experiencia no estuviera articulada o conectada en concordancia con el enlace de causa y efecto, no contaríamos con una experiencia unitaria y unidireccionalmente orientada (6). Frente a este problema, Kant propone concebir al enlace de causa y efecto como un concepto *a priori*, esto es, como un principio sintético *a priori* no fundado en la experiencia. Es el entendimiento humano el que le impone tal legalidad a los fenómenos percibidos, constituyendo por este medio una experiencia objetiva.

Este mismo esquema se llevará a cabo en la filosofía práctica. La ética kantiana es deontológica, es decir, se basa en el establecimiento de los deberes y no en la búsqueda de la felicidad, el placer o la utilidad. El fundamento de las normas que establecen cómo debemos proceder no tiene su origen en la revelación divina, en la observación de la naturaleza humana ni en la experiencia. Parafraseando a Kelsen, podríamos decir: del *ser* no se infiere el *deber ser*. Esta vez,

(4) KANT, Immanuel, "Crítica de la razón pura", cit., A23-4/B38-9, A85-6/B117-8, A89/B121-2, B165-7.

(5) *Ibidem*, A91-2/B123-4; "Prolegómenos", Ed. Akal, Buenos Aires, 1999, ps. 257-260 y ss.

(6) Imaginemos que la experiencia no estuviera vinculada en términos de causalidad. Esto supondría que cualquier fenómeno podría venir antes o después de cualquier otro. En consecuencia, el tiempo de nuestra experiencia no fluiría en una única dirección, sino que sería reversible. De la misma manera, si la experiencia no estuviera estructurada en términos de causalidad, podríamos preguntarnos qué hace que toda ella sea una única experiencia. Si hubiera momentos de nuestra experiencia que estuvieran por completo desconectados causalmente del resto de nuestra experiencia, no formarían una misma y única experiencia.

parafraseando a Kant: la naturaleza solo nos enseña el orden de las causas eficientes, esto es, el mecanicismo universal. Puede enseñarnos nuestra sujeción a los sentimientos, emociones e inclinaciones. Pero no puede enseñarnos nuestros deberes. El deber no emana del sentimiento, sino de la razón, particularmente, de una ley que la razón se da a sí misma. "La razón determina en una ley práctica la voluntad inmediatamente y no mediante la intervención de un sentimiento de placer o displacer, ni siquiera mediante un placer en esta ley y solo el hecho de que como razón pura pueda ser práctica le permite ser *legisladora*" (7).

Esto obliga a establecer un distingo entre dos terrenos, distinción plasmada tanto en la *Crítica de la razón pura* como en la *Crítica de la razón práctica* (8). Del lado de la filosofía teórica, tenemos el conocimiento de la naturaleza. Aquí conocemos la experiencia, y aun cuando hay un conocimiento *a priori* en el terreno teórico, este conocimiento está siempre referido a la intuición, es decir, debe tener una referencia necesaria a la sensibilidad (aunque más no sea a las meras formas del tiempo y el espacio). A su vez, todo lo que sea objeto de conocimiento desde el punto de vista teórico, debe estar sujeto a la Ley de Causalidad. Esto significa que en el terreno del conocimiento teórico (conocimiento de la naturaleza y de lo fenoménico), no hay libertad alguna. La conducta humana, en tanto fenómeno de la naturaleza, está por completo sujeta a la Ley de Causalidad como el resto de los fenómenos dados en espacio y tiempo.

Sin embargo, junto a este orden natural, Kant propone un segundo orden. El orden de lo nouménico, de lo pensable. El orden de lo nouménico se caracteriza por ser ajeno a las condiciones sensibles, a las formas de espacio y tiempo y, por tanto, a la sucesión y a la causalidad. En este terreno, no cognoscible de manera teórica, pero sí pensable y capaz de un conocimiento que Kant

(7) KANT, Immanuel, "Crítica de la razón práctica", Ed. Colihue, Buenos Aires, 2013, ps. 24-25. Véase KANT, Immanuel, "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", Ed. Porrúa, México DF, 1972, p. 434.

(8) Véase KANT, Immanuel, "Crítica de la razón pura", cit., A549-50/B577-8, A553/B581, KANT, Immanuel, "Crítica de la razón práctica", cit., p. 99.

llama *práctico*, es posible concebir la libertad humana y junto a ella los deberes morales, es decir, un orden de leyes no causales.

La filosofía práctica de Kant elaborará una noción de libertad que remite a este orden. En la conciencia del deber, el ser humano se descubre libre. Al reconocerse sujeto a una ley que impone una necesidad objetiva pero que no es de carácter causal, es decir no es una ley de la naturaleza, sino que impone un deber, el ser humano se reconoce inserto en otro orden normativo compuesto por leyes no causales que la razón se impone a sí misma y, por tanto, la hacen libre, autónoma.

Estos dos terrenos de indagación filosófica se corresponden con los dos *caracteres* del ser humano. El carácter fenoménico —*homo phaenomenon*— y el carácter inteligible o nouménico —*homo noumenon*—. Esto significa, el hombre como ser fenoménico, existente en el tiempo y en el espacio, sujeto a las leyes causales que rigen la naturaleza; y el ser humano como ser nouménico, como ser inteligible, esto es, como ser que posee una razón —una facultad no fenoménica— que se puede dar a sí misma principios de conducta.

La filosofía práctica de Kant se encuadra en este segundo orden. En ella se estudiarán los distintos conceptos involucrados en esta normatividad que la razón se da a sí misma como razón práctica, esto es, como razón que fundamenta la acción. Pasemos, entonces, a considerar la razón práctica.

El elemento central de la razón práctica es el imperativo categórico. Para comprender a qué refiere este término, debemos distinguirlo del imperativo hipotético. Los imperativos hipotéticos son enunciados condicionales que imponen un deber. En razón de su estructura condicional, el deber se encuentra sujeto a una condición ulterior. Por ejemplo, “si deseo ser atleta olímpico, debo entrenar todos los días”. Como es notorio, este enunciado no impone un deber incondicionado y universal que todos los sujetos racionales deben acatar. Se trata únicamente de un principio de la sagacidad: una indicación sobre cómo alcanzar un determinado fin. Uno se encuentra sujeto a la obligación de entrenar cada día, únicamente si se da la condición precedente. Por el

contrario, el imperativo categórico es un enunciado que impone un deber no sujeto a condiciones y, en consecuencia, se trata de un deber universal. Un enunciado como “debes decir la verdad” conformaría un imperativo categórico (9).

Ahora bien, la filosofía práctica de Kant pretende deducir principios morales a partir de la razón pura. Evidentemente, la razón pura no puede dar por sí misma mandatos con un contenido material o positivo como los anteriormente considerados. Kant encuentra, entonces, en la misma forma del imperativo categórico un principio puro de la razón que determina a la voluntad e impone a los seres racionales deberes morales categóricos.

Si, en efecto, evaluáramos máximas de acción (reglas subjetivas de conducta) y advirtiéramos que estas máximas subjetivas pueden tomar la forma de un mandato categórico, es decir, no sujeto a condición alguna, y pudiéramos querer que estas máximas sean leyes universales que rijan la conducta de todo ser racional, encontraríamos con ello principios morales universalmente válidos. El imperativo categórico es, precisamente, el principio de la razón pura práctica que impone solo una fórmula que establece que aquellas máximas que puedan ajustarse a esta forma universal habrán de valer de manera objetiva e incondicionada como leyes prácticas. Kant lo formula de la siguiente manera: “Actúa de modo que la máxima de tu voluntad pueda, al mismo tiempo, valer siempre como principio de una legislación universal” (10).

(9) KANT, Immanuel, “Fundamentación...”, cit., ps. 414-5, KANT, Immanuel, “Crítica de la razón práctica”, cit., p. 20.

(10) KANT, Immanuel, “Crítica de la razón práctica”, cit., p. 30. En la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Kant ofrece otras tres formulaciones de este imperativo que expresarían un mismo significado: “Obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal” (KANT, Immanuel, “Fundamentación...”, cit., p. 421). “Obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza” (KANT, Immanuel, “Fundamentación...”, cit., p. 421). “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” (KANT, Immanuel, “Fundamentación...”, cit., p. 429).

El imperativo categórico no solo aparece en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* y la *Crítica de la razón práctica* —obras que brindan la propedéutica del sistema práctico—, sino que también se lo presenta como “el principio supremo de la doctrina de las costumbres” en la *Metafísica de las costumbres*, obra en la que se desarrolla positivamente los sistemas normativos jurídico y moral (11). Esto quiere decir que el imperativo categórico es el principio general de todo el terreno práctico, tanto del Derecho como de la moral: todos los deberes, en tanto deberes, han de fundamentarse en el imperativo categórico.

Así, el imperativo categórico es el principio general de la razón pura práctica. Es el fundamento último de todo deber. Y debemos suponer, en consecuencia, que el carácter categórico de la sanción penal —esto es, el deber de castigar ciertas conductas sin atender a condición o cuestión utilitaria alguna— ha de sostenerse en él. En efecto, para valer como tal, todo deber debe poder adecuarse a lo dispuesto por el imperativo categórico. No hay deber moral o jurídico que pueda valer como tal si no se adecúa a lo estipulado por el imperativo categórico. Podríamos decir que el imperativo categórico es la fuente última de validez de toda prescripción moral o jurídica.

A pesar de esto, moral y Derecho se diferencian por el tipo de legislación que les corresponde. La legislación moral no solo impone un deber, sino que exige que el móvil de la conducta debida sea ese mismo deber, es decir, la misma legislación que lo ha impuesto. La legislación jurídica impone un deber, motivado en un móvil patológico, es decir, vinculado con los sentimientos de placer y displacer. La legislación jurídica no exige que el motivo por el cual el destinatario de la norma se ajusta a ella sea la conciencia del deber o el reconocimiento de la validez de la norma misma. Para el Derecho basta con que la acción exterior del destinatario de la norma se ajuste a lo dispuesto por ella. Y para tal fin, incluye un móvil patológico de carácter coercitivo, esto es, la amenaza de una sanción o *coacción* (12).

(11) Allí se lo enuncia: “Obra según una máxima, que pueda valer a la vez como ley universal”, KANT, Immanuel, “Metafísica...”, cit., p. 33.

(12) KANT, Immanuel, “Metafísica...”, cit., ps. 23-25.

La pregunta, entonces, es en dónde radica la legitimidad de esta coacción. Kant define al Derecho como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser conciliado con el arbitrio de los otros de acuerdo con una ley universal (13). Esto quiere decir que los mandatos jurídicos deben hacer posible la armonía del ejercicio de la libertad de todos los ciudadanos. En congruencia con esto, Kant postula el principio universal del Derecho que establece que “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” (14). De acuerdo con esto la *ley universal del Derecho* nos ordena: “obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal” (15). De esto puede deducirse la definición del ilícito: ilícito será aquello que resulte incompatible con la conciliación de la libertad de todos. Ahora bien, la coacción de lo ilícito es compatible con esta libertad y, en consecuencia, es lícita, acorde a Derecho (16).

Esto significa que el origen último de la legislación moral y jurídica es la razón pura práctica. En el caso del Derecho, tanto a través del imperativo categórico como de los principios jurídicos antes invocados. Como vemos, la legislación jurídica es capaz de imponer legítimamente una coacción, en tanto esta sea compatible con la libertad de todos según leyes universales.

Una de las consecuencias de los principios jurídicos y del imperativo categórico es el carácter categórico del deber de coaccionar aquellas acciones incompatibles con la libertad de todos.

(13) *Ibidem*, p. 39.

(14) *Ibidem*.

(15) *Ibidem*, p. 40.

(16) “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 a derecho (*recht*): por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción”, KANT, Immanuel, “Metafísica...”, cit., ps. 40-41.

Así, el deber de coaccionar no se encuentra sujeto a (ni fundado en) consideraciones utilitarias, ni sometido a las necesidades históricas, políticas o circunstanciales de la comunidad. El castigo no es un medio para la felicidad de la víctima, de la comunidad o del delincuente. El deber de castigar se basa en el imperativo categórico y en los principios jurídicos, con lo cual es incondicionado.

Como los principios fundamentales de la moral y el Derecho descansan en la razón pura práctica de la que participan todos los seres racionales, el propio delincuente que ha de sufrir el castigo presta —como sujeto racional— su consentimiento a las leyes que se le aplican. Obviamente, esto no quiere decir que el delincuente como sujeto empírico, como ser fenoménico dado en el tiempo y en el espacio dé o deba dar su consentimiento al castigo. Significa, por el contrario, que todos los sujetos racionales en tanto tales formamos parte del legislador universal que dicta dichos principios, es decir, compartimos una misma racionalidad práctica que hace que estos principios valgan de manera universal.

Ahora bien, cabe dedicar unas últimas palabras al aprecio que Kant muestra a la ley del talión. Como se ha visto, la ley del talión ofrece un principio general para determinar la cantidad y calidad justa del castigo de cada delito. El interés de Kant en esta regla general puede ser explicado por la aptitud exhibida por este principio general y formal a la hora de resolver el pasaje de los principios generales de la moral y el Derecho al castigo efectivo debido en cada caso. Como los principios generales del Derecho antes mencionados establecen el deber de castigar, pero no imponen un castigo concreto para cada delito, se vuelve necesario que la razón ofrezca algún otro principio no empírico y, por tanto, formal y universal para realizar este pasaje de lo general a lo particular. La ley del talión parece cumplir con estos requisitos: no posee un contenido empírico o positivo, más que la orden general de repetir el daño ocasionado en la persona del delincuente. Se trata, en consecuencia, de una mera ley formal (una fórmula) que no impone un contenido empírico determinado, a pesar de lo cual es capaz de brindar una solución concreta para cada caso. Creo que esto explica por qué Kant se apoya de manera tan confiada en la ley del talión para resolver la determinación de las penas concretas para cada delito.

Como puede verse, el basamento moral de la teoría kantiana de la pena no tiene por qué suponer un posicionamiento dogmático o irracional por parte de Kant. La moral kantiana no es un dogma positivo, material e histórico que Kant defiende irreflexivamente, sino que se sostiene en un estudio de la razón pura práctica. Se basa en el establecimiento de aquellos principios que la razón puede darse a sí misma para la acción y la determinación de la voluntad. El descubrimiento kantiano es que tanto en la esfera del conocimiento teórico de la naturaleza como en la del conocimiento práctico, la razón contiene principios sintéticos a priori que constituyen su objeto (la naturaleza y la acción humana). Si en efecto la razón es capaz de brindar principios universales de acción, y estos determinan deberes incondicionados y, en consecuencia, universales, es de esperar que los deberes jurídicos se ajusten a dichos principios e impongan obligaciones categóricas, sin sujetarse a factores como la utilidad y la conveniencia. De hecho, en el ámbito jurídico, el castigo de las acciones contrarias a Derecho (i.e. contrarias a la conciliación de la libertad de todos) no solo es acorde a Derecho, sino que es un deber. En virtud de su concordancia con el imperativo categórico y los principios jurídicos, este deber es incondicionado y no se basa ni se morigera en razón de criterios utilitarios.

### Bibliografía

HEGEL, Georg W. F., "Principios de la filosofía del derecho", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2004.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, t. II Filosofía y Ley Penal, 1964.

KANT, Immanuel, "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", Ed. Porrúa, México DE, 1972.

— "Metafísica de las costumbres", Ed. Altaya, Barcelona, 1996.

— "Crítica de la razón pura", Ed. Colihue, Buenos Aires, 2007.

- “Crítica de la razón práctica”, Ed. Colihue, Buenos Aires, 2013.
- “Prolegómenos”, Ed. Akal, Buenos Aires, 1999.
- “1900: Gesammelte Schriften”, Bd 1-22 hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, Bd 23 von der Deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, ab Bd 24 von der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen.
- KLUG, Ulrich, “Abschied von Kant und Hegel”, BAUMANN, Jürgen, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, Fráncfort del Meno, 1968.
- “Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel”, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970, ps. 35-40.
- “Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht”, Ed. Springer, Berlín, 1981.
- MATERNI, Mike C., “Criminal Punishment and the Pursuit of Justice”, *British Journal of American Legal Studies*, vol. 2, 1, 2013, ps. 263-304.
- ROXIN, Claus, “Culpabilidad y prevención en derecho penal”, Ed. Reus, Madrid, 1981.
- “Derecho penal. Parte general”, Ed. Civitas, Madrid, t. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997. ♦

• - - - - - •