Signos Filosóficos, vol. xxv, no. 49, January-June, 2023, 38-63

CRIMINAL LAW IN KANT´S JURIDICAL THEORY. ON THE ARTICULATION BETWEEN THE RETRIBUTIVE AND THE PREVENTIVE FUNCTIONS OF PUNISHMENT

Ileana P. Beade
ORCID.ORG/0000-0002-1944-9516
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina)
Universidad Nacional de Rosario
Facultad de Humanidades y Artes
ileanabeade@yahoo.com.ar

Abstract: *In this paper I analyze the relationship between the retributive and the preventive function of punishment, within the frame of Kant´s juridical theory. Despite Kant´s explicit rejection of the preventive function in his brief discussion on Criminal Law, his observations regarding right and coercion allow to establish an acknowledgement of the preventive function. In my discussion of this topic, I will consider some methodological, juridical and moral premises which influence Kant´s emphasis on the retributive principle. I will also consider the relationship between both function (retributive and preventive) of punishment, within the frame of his brief treatment of Criminal Law.*

Keywords: dignity; justice; prevention; punishment; retribution

Reception: 05/07/2022 **Acceptance: 09/12/2022**

EL DERECHO PENAL EN LA TEORÍA JURÍDICA KANTIANA. ACERCA DE LA ARTICULACIÓN ENTRE LAS FUNCIONES RETRIBUTIVA Y PREVENTIVA DEL CASTIGO

Ileana P. Beade
ORCID.ORG/0000-0002-1944-9516
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina)
Universidad Nacional de Rosario
Facultad de Humanidades y Artes
ileanabeade@yahoo.com.ar

Resumen: En este artículo examino la relación entre las funciones retributiva y preventiva del castigo en el marco de la teoría jurídica kantiana. Si bien Kant rechaza explícitamente la segunda en su breve tratamiento del Derecho penal (*La metafísica de las costumbres*), sus observaciones acerca del vínculo entre *derecho* y *coacción* permiten constatar que reconoce la función preventiva de la institución penal. Examinaré las premisas metodológicas, jurídicas y morales a partir de las cuales Kant prioriza el carácter retributivo de la pena y cómo podrían ser articuladas, no obstante, ambas funciones (retributiva y preventiva) del castigo, en sus consideraciones acerca del Derecho penal.

Palabras clave: castigo; dignidad; justicia; prevención; retribución

Recibido: 05/07/2022 **Aceptado: 09/12/2022**

INTRODUCCIÓN

La justificación filosófica del castigo ha sido —y continúa siendo— uno de los desafíos más complejos que asumen los autores abocados a la fundamentación teórica del derecho penal. Perspectivas sumamente diversas han sido desarrolladas para afrontar ese desafío: en efecto, más allá de la contraposición usual entre retribucionismo y consecuencialismo, existe una amplia variedad de posiciones que procuran dar respuesta a interrogantes complejos, implicados en ese esfuerzo de justificación, a saber: qué es el castigo legal, en qué se funda la *coerción legítima* del Estado de ejercer una contra quienes incumplen las normas civiles, o —en términos más generales—, qué significa que alguien *merezca* ser castigado, y en qué sentido preciso la infracción del orden legal hace a un individuo *merecedor* de un daño o perjuicio.

Como ha señalado Mitchell N. Berman (2012), una teoría del castigo es, a fin de cuentas, una justificación teórica de la acción punitiva. En el marco de las diversas justificaciones de la institución penal se despliegan argumentos filosóficos orientados a legitimar la imposición y ejecución del castigo en un estado de derecho. Justificar el perjuicio o daño que el Estado ejerce (legalmente) al infractor de una norma civil, requiere, en síntesis, de un esfuerzo argumentativo que logre señalar el sentido o significado de la pena impuesta. Entre los juristas y filósofos modernos abocados al análisis de estos tópicos, Immanuel Kant nos ha legado reflexiones que aún resultan relevantes, en el contexto actual, por cuanto ponen en evidencia la necesidad de articular aspectos retribucionistas y consecuencialistas en la justificación teórica del castigo. Si bien observaremos, en las páginas que siguen, que los aspectos retributivos resultan determinantes en el marco de su teoría penal, la función preventiva del castigo no se halla del todo ausente en su tratamiento del tema; de allí que pueda considerárselo como un antecedente importante de aquellas doctrinas jurídicas que intentan desarrollar una justificación del castigo acorde a la complejidad de las diversas dimensiones implicadas en la institución del derecho penal.

El breve tratamiento kantiano del Derecho penal, en el marco de los "Principios metafísicos del derecho" (primera parte de *La metafísica de las*

costumbres),[1] ha dado lugar a interesantes discusiones en torno a los motivos, defendió una concepción retribucionista del castigo, rechazando su función preventiva. Si bien trabajos recientes coinciden en señalar que no debería considerarse al filósofo como un *retribucionista* estricto, no hay consenso entre los intérpretes acerca de cómo entender su posición respecto de la función preventiva del castigo. Sugeriré que el modo bajo el cual Kant concibe la relación entre *derecho* y *coacción*, en las secciones preliminares de *La metafísica de las costumbres,* aporta elementos relevantes para esclarecer la articulación entre ambas funciones —retributiva y preventiva— de la institución penal, y examinaré las premisas (jurídicas, morales y metodológicas) a partir de las cuales rechaza, en el fragmento E de la "Observación General" del § 49 de la "Doctrina del Derecho", la función preventiva. Atendiendo a este objetivo, primero consideraré las observaciones del filósofo referidas a la dimensión coercitiva del derecho, señalando su vínculo con el reconocimiento tácito de una finalidad preventiva del castigo. Después, analizaré la formulación del principio retributivo formulado en el § 49 de *La metafísica de las costumbres*. Finalmente, referiré algunas interpretaciones propuestas por los comentaristas respecto de esta cuestión (poco explorada en la literatura especializada), y presentaré algunas conclusiones de cómo podría interpretarse la articulación entre la dimensión retributiva y preventiva del castigo que el Estado impone a quien incumple las leyes, en el contexto de la metafísica jurídica kantiana.

[1] *Cfr*. MS, Ak. VI: 331-337. La paginación citada corresponde a la edición académica de las obras kantianas: *Kants gesammelte Schriften* (vols. I-IX), Berlín, Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, 1902 ss. Siguiendo el uso habitual en el ámbito de los estudios kantianos, a esta edición se alude bajo la abreviatura Ak., seguida del tomo, indicado en números romanos. Listado de abreviaturas empleadas: GMS, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Fundamentación de la metafísica de las costumbres); KpV, Kritik der praktischen Vernunft (Crítica de la razón práctica); MS, Die Metaphysik der Sitten (La metafísica de las costumbres)*; V-Eth, *Vorlesungen über Ethiks (Lecciones sobre Ética)*.

OBSERVACIONES PRELIMINARES: LA COACCIÓN ESTATAL COMO CONDICIÓN DEL *ESTADO DE DERECHO PÚBLICO*

En el "Prólogo" a los "Principios metafísicos de la doctrina del derecho", Kant refiere al objeto de estudio propio de una *metafísica jurídica* o *doctrina pura del derecho*, abocada a la determinación de principios fundados en la razón. Allí señala que, si bien el concepto de *derecho* se halla naturalmente referido a la *práctica* —por tanto, a la experiencia—, en una *metafísica jurídica* no deben considerarse cuestiones de carácter empírico, pues su propósito es establecer los *principios universales* y *a priori* sobre los que se funda el orden jurídico.[2]

Como sabemos, la metafísica jurídica kantiana se inscribe en el marco de una *doctrina moral pura* —o *metafísica de las costumbres*—, que incluye una sección dedicada al derecho y otra a la ética.[3] En la "Introducción" posterior al "Prólogo", el filósofo justifica la estructura de la obra, y en función de ello establece una distinción entre el ámbito ético (referido a la *libertad interna*) y el jurídico (referido a la *libertad externa*).[4] Dentro de las denominadas *leyes morales* —caracterizadas como *leyes de la libertad,* y contrapuestas a las *leyes de la naturaleza*— se incluyen tanto las normas *éticas* —aquellas que regulan la libertad interna—, como las *jurídicas*, reguladoras de la libertad externa, esto es, la relación entre arbitrios libres que interactúan en el ámbito de la sociedad civil (Kant, MS, Ak. VI: 214). En este marco, observa que, si bien toda *obligación* es *moral* en cuanto tal, no toda legislación es *ética*, sino que debe admitirse una especificidad propia de la legislación *jurídica*, ligada al tipo

2 Para un análisis del carácter metafísico y normativo de la doctrina jurídica kantiana, véase Williams, 2011: 215-234.

3 Un estudio pormenorizado de la relación entre *ética* y *derecho* en el marco de la metafísica moral kantiana puede hallarse en: Beade, 2016b: 135-161.

4 Para un análisis de la distinción entre *ética y derecho*, en relación a la contraposición entre libertad interna y libertad externa, véase Gregor, 1963: 119 y ss. A partir de la inclusión del derecho y de la ética en el ámbito amplio de la *moralidad* se justifica la estructura de *La metafísica de las costumbres*, en la que se expone una doctrina moral que incluye tanto una *doctrina pura del derecho* como una *doctrina pura de la virtud*. El ámbito de la moralidad abarca todo lo referido a la acción humana en cuanto libre, y las denominadas *leyes morales*, en tanto *leyes de la libertad*, son aquellas cuyo origen reside en la razón pura práctica. La metafísica moral kantiana se sustenta en el principio de la libertad del arbitrio, como premisa básica y fundamental. Véase Beade, 2014: 58 y ss.

de móvil que impulsa al arbitrio a la obediencia de las normas.[5] En efecto, en el caso de las leyes jurídicas, su móvil no necesariamente es ético, sino que puede estar dado por la aversión al castigo, *i. e.*, por el temor a la sanción impuesta por el Estado, legítimamente, a quien infringe las leyes, obstaculizando el derecho de otros.[6] Esta indicación es relevante para el tema: la acción coercitiva que el Estado ejerce, lícitamente, contra quien incumple una norma jurídica, posee, según veremos, un sentido preventivo. La posibilidad de que los delitos sean castigados opera como un móvil disuasorio; en tal sentido, la *amenaza del castigo* representa un instrumento fundamental a través del cual el poder estatal compele al cumplimiento de las leyes civiles.[7]

5 Para Kant, toda obligación presupone tanto una ley como un *móvil*: la primera representa objetivamente cierta acción como necesaria, mientras el segundo vincula subjetivamente la representación de la ley con el fundamento de determinación del arbitrio (MS, Ak. VI: 218). Tanto en las leyes éticas como en las jurídicas, el móvil incentiva al arbitrio a actuar según la ley. Éstas no difieren por el tipo de obligaciones que establecen, sino por el móvil que las impulsa a actuar, según el caso: "La legislación que hace de una acción un deber y de ese deber, a su vez, un móvil, es ética. Pero la que no incluye al último en la ley y, por tanto, admite también otro móvil distinto de la idea misma del deber, es jurídica. En lo que respecta a esta última, vemos fácilmente que estos móviles, distintos de la idea del deber, tienen que extraerse de los fundamentos patológicos de la determinación del arbitrio, de las inclinaciones y aversiones y, entre éstas, de las últimas, porque tiene que ser una legislación que coaccione, no un reclamo que atraiga" (MS, Ak. VI: 219). Al respecto, Guyer señala: "For Kant […] *Recht* denotes only that part of morality and justice that can and should be coercively enforced" (2006: 262).

6 Si el principio supremo de la *doctrina moral* (que abarca tanto a la *ética* como al *derecho*) establece que debemos obrar "según una máxima que pueda valer, a la vez, como ley universal" (MS, Ak. VI: 266), la doctrina del derecho se rige por un principio específico el cual afirma que "una acción es conforme a derecho [*recht*] cuando permite […] a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal" (MS, Ak. VI: 230). Este principio implica que cada uno puede ejercer su derecho innato a la libertad, mientras ello no implique un obstáculo para que otros ejerzan, igualmente, el mismo derecho. Así, la coacción estatal es compatible con el derecho: ella no implica una restricción de la libertad, sino que la garantiza. Para un análisis de la relación entre *derecho* y *coacción* en la doctrina jurídica kantiana, véanse Mulholland, 1990: 186 y ss.; Gregor, 1963: 43 y ss.

7 En este sentido, cabe distinguir entre la dimensión *prospectiva y retrospectiva* del castigo: al sostener que al *derecho* está necesariamente ligada la facultad de coaccionar, Kant no reduce la coacción a la acción coercitiva efectivamente ejercida por el Estado (en caso de comisión de un delito), más bien la concibe como *posibilidad, i. e.*, como *amenaza de coacción*, así la aversión al castigo opera como móvil específico en el ámbito jurídico. Entonces, quien abrigue la intención de infringir la ley, contemplará la posibilidad de ser castigado, absteniéndose eventualmente de cometer la infracción, para lo cual

Kant define el *derecho* como un conjunto de condiciones bajo las cuales la libertad de cada uno puede coexistir con la de todos bajo leyes universales (MS, Ak. VI: 230). Mientras que en el *estado de naturaleza* rige el *derecho natural* (o *privad*o), en el seno de la sociedad se instituye un *estado civil* o *de derecho público*, donde el ejercicio de los derechos naturales es garantizado bajo leyes públicas, vinculantes para todos los miembros de la comunidad civil. Ahora bien, la administración de las leyes públicas requiere instituir un poder coercitivo, a través del cual garantizar su efectividad. En el marco de estas consideraciones, Kant señala que "el derecho está ligado a la facultad de coaccionar" (MS, Ak. VI: 231). La coacción es caracterizada como *un obstáculo que se opone a quien obstaculiza la libertad de otros* y, de este modo, es una condición fundamental para la posibilidad de un *estado de derecho público*: en efecto, no hay *derecho*, en sentido estricto, sin un aparato coercitivo estatal autorizado para castigar las infracciones y delitos cometidos.[8] La *coacción recíproca* que los miembros de la sociedad civil ejercen entre sí —a través del Estado, como poder representante al que se delega todo ejercicio legítimo

resulta fundamental que, del castigo impuesto ante la comisión de un determinado delito, resulte un perjuicio superior al beneficio que se obtendría. Ahora bien, así como la anticipación o previsión del castigo es necesaria para disuadir a los individuos de cometer delitos (dimensión prospectiva), resulta igualmente necesario que los castigos se apliquen, ya que sólo en tal caso podrá generarse la aversión (quien tiene intención de infringir la ley, no se abstendría si confiara en que su infracción quedará impune). El castigo debe ejecutarse para que esa previsión tenga lugar y, en este sentido, lo retrospectivo se articula necesariamente con lo prospectivo. A este punto haré mayor referencia en la tercera sección.

8 "La resistencia que se opone a lo que obstaculiza un efecto fomenta ese efecto y concuerda con él. Ahora bien, todo lo contrario al derecho 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 del derecho), 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 [*recht*]: por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción" (MS, Ak. VI: 231). Señala José Luis Villacañas, respecto del vínculo entre derecho y coacción, que esta última es compatible con el primero solo a título de contra-coacción, que el Estado ejerce contra quien viola un derecho de otro comprometiendo su libertad, la cual prima en la concepción kantiana del derecho y no la coacción (1999: 36). Freidrich Kaulbach observa, en esta misma línea, que el derecho no es —para Kant— mera coacción, ni puede ser reducida a ella (1970).

de la coerción— debe ser considerada como una condición *sine qua non* del estado civil en tanto *estado de derecho público*.

Considero que la noción de *reciprocidad* implicada en el concepto de *derecho* es relevante para interpretar la finalidad que Kant asigna al castigo. Si la igualdad de todos ante la ley y la *reciprocidad* en las obligaciones contraídas son principios elementales del *derecho público*, el castigo —como acción retributiva ante el delito cometido— es *conforme al derecho*. El delito transgrede el principio de *reciprocidad* implicado en el concepto de *derecho*, y la pena impuesta busca *compensar* esa trasgresión, restituyendo así la validez de dicho principio. Para ello es necesario imponer, a quien infringe la ley, un castigo acorde al principio de proporcionalidad (entre el delito y la pena); en tal sentido señala Kant que "la doctrina del derecho quiere determinar a cada uno lo suyo (con precisión matemática)" (MS, Ak. VI: 233).[9]

A partir de estas breves consideraciones puede advertirse que la dimensión preventiva del castigo se halla, en cierto modo, presupuesta en la propia definición kantiana del *derecho*. Si bien es cierto que, en sus observaciones referidas al vínculo entre *derecho* y *coacción* Kant no alude específicamente a la coacción institucionalizada supuesta en el sistema penal, puede afirmarse que es un recurso fundamental a través del cual el Estado imparte justicia. La noción de una *coacción recíproca universal,* implicada en el concepto de *derecho*, no sólo concuerda con la libertad de todos bajo leyes públicas, sino que la hace posible; y el modo específico en que ésta —administrada por el Estado— contribuye a la eficacia del derecho, se halla ligado a la prevención del delito: para la existencia y conservación del *estado de derecho* resulta necesario castigar los delitos (a fin de restablecer la reciprocidad y equidad entre los miembros de la comunidad civil, tal como lo exige el derecho), además de disuadir a los individuos de la comisión de los mismos. Sin este elemento disuasorio o preventivo (habilitado por la mera *posibilidad* de la coacción), no se hallarían motivos para evitar el incumplimiento de las normas civiles,

[9] Con el propósito de ilustrar esta idea, el filósofo se refiere, metafóricamente, al principio físico de acción y reacción formulado en la *tercera ley* de la física newtoniana, el cual establece que todo cuerpo que ejerce una fuerza sobre otro experimenta una fuerza de igual intensidad en la misma dirección, pero en sentido opuesto. Las fuerzas de acción y de reacción han de ser de igual magnitud; de manera análoga, en el ámbito jurídico, la coacción ejercida por el Estado contra quien obstaculiza el derecho de otro debe ser *proporcional* a la ejercida por quien incumple una ley, vulnerando a los otros.

toda vez que los móviles morales no resultasen suficientes para determinar su arbitrio en concordancia con lo establecido por la ley pública.

Con estas consideraciones generales acerca del derecho y su conexión intrínseca con la posibilidad de una coacción legítima (ejercida por el poder político), pueden interpretarse algunas afirmaciones que Kant realiza en la sección dedicada al Derecho penal. Luego de las observaciones formuladas en las secciones preliminares de *La metafísica de las costumbres*, en la "Doctrina del derecho privado", se examina de qué modo la posesión de bienes en el *estado de naturaleza* y la necesidad de garantizarla bajo leyes públicas conduce a la fundación del estado civil.[10] Una vez establecidas leyes públicas coactivas, se instituye un poder público cuya función es velar por el cumplimiento de las mismas, *i. e.*, administrar la justicia y castigar a quien incumpla las normas civiles. Posteriormente, en la "Doctrina del derecho público", el filósofo formula los principios de legitimidad del orden civil, establece el principio de representación política y define el concepto de *Estado*. En este marco, en la "Observación general" al § 49 de la "Doctrina del derecho público" —dedicada al análisis de los "efectos jurídicos que se derivan de la naturaleza de la unión civil"—, se incluye la breve sección referida al Derecho penal, en la cual están las principales afirmaciones de Kant en torno a la función retributiva del castigo. En el siguiente apartado, analizo cómo establece el principio retributivo en dicha sección, a fin de señalar los motivos por los cuales rechaza, en ese contexto —según entiendo—, la función preventiva de la institución penal.

LA FUNCIÓN RETRIBUTIVA DEL CASTIGO EN EL TRATAMIENTO KANTIANO DEL DERECHO PENAL

Kant define el Derecho penal como "el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido, de imponerle una pena por su delito" (MS, Ak. VI: 331). Esta definición se halla en consonancia con aquellas —anteriores y posteriores al periodo moderno— que lo caracterizan como la rama del Derecho público que regula el poder coercitivo o capacidad punitiva del

[10] Para un estudio de la propiedad como derecho fundamental que debe ser preservado a través de la institución de un orden jurídico-político, véase Pippin, 2007: 416-446.

Estado.[11] A partir de esa definición, el autor establece una distinción entre el "crimen público" (el cual pone en peligro a la comunidad en general, e incapacita a quien lo lleva a cabo para ejercer su derecho de ciudadanía) y el "crimen privado" (que ocasiona perjuicio a un particular); este último es competencia de la justicia civil, mientras el otro de la criminal (MS, Ak. VI: 331). Ahora bien, más allá de esta distinción entre *crimen público* y *privado*, podría afirmarse que ambos suponen un riesgo para la comunidad, como acción que viola la ley pública. En efecto, quien desobedece una ley *incumple el contrato social,* poniendo en riesgo lo que éste intenta preservar, a saber: el derecho de todos y cada uno de los miembros de la comunidad civil bajo leyes públicas. Todo crimen —*público* o *privado*— merece ser castigado, en tanto atenta contra el estado de derecho, más allá del perjuicio específico que pudiese ocasionar a un particular, o a la comunidad en general.

Bajo estas premisas jurídicas pueden ser interpretadas las observaciones de Kant en torno al carácter eminentemente retributivo del castigo. Cuando el filósofo declara que debe castigarse a quien incumple la ley "solo porque ha delinquido", invoca tácitamente el principio contractualista, a partir del cual se legitima la acción punitiva ejercida por el Estado como acción *conforme al derecho*; quienes *contratan*, a fin de instituir la comunidad civil, consienten sujetarse a leyes comunes y ser merecedores de sanción en caso de incumplimiento de la ley. Más allá de esta premisa jurídica (de carácter contractual), el filósofo invoca, de manera explícita, premisas morales en su justificación del derecho penal. Haciendo referencia al principio ético que establece la dignidad absoluta de la persona (GMS, Ak. V: 434-435), condena moralmente toda acción que implique la utilización de la persona como un mero *medio*:

[11] Los códigos de Derecho penal establecen las sanciones correspondientes a los delitos, y suelen invocar tanto el principio de *proporcionalidad* entre delito y castigo, como el principio de *imparcialidad* (expresados, de manera alegórica, en la imagen de la justicia como una mujer con los ojos vendados que sujeta en sus manos los platillos de una balanza). El principio de proporcionalidad es referido ya en códigos jurídicos muy antiguos (como el Código de Hammurabi, la Ley de las XII tablas, y la Ley mosaica) y posteriormente en el Derecho romano, así como en los principales tratados jurídicos del periodo moderno, entre los que cabe destacar el escrito de Cesar Beccaria, *Los delitos y las penas* [*Dei delitti e delle pene*, 1764], escrito donde el jurista italiano denuncia los abusos de poder y las prácticas ilícitas propias del antiguo régimen, abogando por un sistema penal más humanitario y racional, en consonancia con las premisas del pensamiento ilustrado.

> La *pena judicial*, distinta de la *natural*, por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo *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; frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena judicial algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos, tiene que haber sido juzgado digno de castigo. (MS, Ak. VI: 331)

Kant señala que, al imponerse un castigo como consecuencia de un delito cometido, no deben ser consideradas las posibles ventajas o beneficios que pudiera reportar (para aquel que ha sido perjudicado por el delito, para quien lo ha cometido o la sociedad en su conjunto), pues no es moralmente lícito considerar a una persona como un mero *medio* para obtener un *fin*.[12] El filósofo no ignora que el castigo representa una suerte de compensación o reparación para quien ha sido perjudicado por el delito, ni que la pena impuesta pueda contribuir a rectificar la conducta futura del criminal, o pueda resultar eficaz para disuadir a otros de la comisión de delitos similares, pues estas ventajas resultan evidentes por sí mismas; aquí rechaza la función *preventiva* del castigo para priorizar su función *retributiva*. El argumento explícito en el que funda su posición es, como se ha adelantado, de carácter moral: si se castigara al delincuente para obtener tales beneficios, se le estaría considerando como un mero *medio*, lo cual no es compatible con su dignidad.[13] Por el contrario, si se le castiga *sólo porque ha cometido un delito,* se respeta la dignidad inherente a su *persona*, pues se le reconoce como merecedor de castigo en virtud de la acción libre que ha llevado a cabo.

Ya en la *Crítica de la razón práctica*, Kant se refiere al carácter retributivo del castigo, invocando el principio de la dignidad absoluta de la *persona* humana. En el contexto de una discusión acerca del carácter vinculante de

[12] El principio que establece la dignidad absoluta de la persona humana es un principio fundamental de la ética kantiana, véase Guyer, 2006: 207.

[13] Cf. Beade, 2016 a: 27-42.

la ley moral, señala que "hay algo en la idea de nuestra razón práctica que acompaña a cualquier transgresión de una ley moral, cual es el hacerse digno de castigo" (KpV, Ak. v: 37). Añade que quien es castigado por trasgredir una ley moral, sabe *lo que le corresponde* por su comportamiento, esto es: se reconoce a sí mismo como *merecedor de castigo* y admite, en su fuero íntimo, como *justo* ser sancionado por esa trasgresión. Al igual que en *La metafísica de las costumbres*, en la segunda *Crítica*, Kant rechaza, la *utilidad* del castigo, legitimándolo como acción a través de la cual *se imparte justicia*:

> […] en todo castigo en cuanto tal ha de ir por delante la justicia y ésta constituye lo sustancial del concepto de castigo […] el castigo es un mal físico que, aun cuando no estuviera vinculado como *consecuencia natural* con el mal moral, sí habría de verse vinculado a una legislación moral cual corolario que se desprendiese de sus principios […], todo crimen es punible de suyo. (KpV, Ak. v: 37)

Este pasaje permite constatar que, en el ámbito *moral* en sentido amplio (por consiguiente, tanto en el dominio *ético* como en el *jurídico*), el castigo asume ante todo un sentido *retributivo*.[14] Ahora bien, priorizar la función retributiva del castigo no implica negar su función preventiva: la formulación kantiana del principio retributivo apunta al hecho de que sólo la exigencia de impartir

[14] Cabe señalar que, si bien en la segunda *Crítica* Kant defiende una concepción retributiva del castigo, en sus *Lecciones de ética* (impartidas entre 1775 y 1781) asigna un sentido preventivo al castigo judicial: "Los castigos son, o bien preventivos, o bien restitutorios. Preventivos son aquellos que se declaran con el fin de que no acontezca el mal. Los restitutorios, sin embargo, se declaran porque el mal ha ocurrido. Los castigos, por lo tanto, son los medios para evitar o penar el mal. 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. [Añade que:] 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" (LE, Ak. xxvii: 286). Quizás el motivo de esta discrepancia entre estas afirmaciones y las de *La metafísica de las costumbres* remite al contexto teórico específico en el que aparecen desarrolladas: como he señalado en la introducción, en el marco de una *metafísica del derecho* no cabe considerar las ventajas empíricas del castigo de los crímenes, más bien debe considerarse únicamente el principio *a priori* que legitima la acción punitiva en general y habilita la capacidad coercitiva del Estado.

justicia puede legitimar el mal físico o moral impuesto a quien infringe una ley (moral o jurídica). El castigo sólo es lícito en tanto *imparte justicia,* y honra la dignidad de quien ha delinquido en cuanto lo presupone un ser libre —un ser al cual pueden serle imputadas las acciones cometidas—.[15] El principio moral, que establece la dignidad absoluta de la persona, y el jurídico, que reivindica la justicia, proporcionan, a mi juicio, la base conceptual en la que Kant sustenta su concepción retributiva del castigo. A partir del carácter fundamental de ambos principios, el autor rechaza —en la breve sección dedicada al Derecho penal— toda consideración de los posibles efectos benéficos que el castigo podría reportar, indicando que el propósito fundamental del mismo es *retribuir el daño cometido*, *i. e.*, restablecer el equilibrio y la reciprocidad quebrantados por el crimen —lo cual significa, en sentido propio, *hacer justicia*.[16]

He referido a las premisas *jurídicas* y *morales* que operan en la justificación retributiva del castigo, ahora analizaré las premisas *metodológicas* a partir de las cuales Kant establece la imposibilidad de recurrir a consideraciones pragmáticas en el ámbito de una *metafísica jurídica*. Si se justificase la institución penal a partir de sus posibles beneficios (sea para el infractor, el perjudicado o la sociedad en su conjunto), no podría legitimarse, en sentido estricto, la acción punitiva del Estado. En efecto, la legitimidad del castigo quedaría expuesta a un cálculo incierto de costos y beneficios —el cual una *doctrina pura del derecho*, como doctrina metafísica, procura evitar—. En el marco de

[15] La dignidad de la persona, fundada en su autonomía, representa una suerte de correlato moral del valor jurídico de la justicia. La teoría kantiana del castigo, señala Nelson Potter, se basa tanto en el principio moral que establece la dignidad de la persona humana, como en el jurídico que instituye la equidad de todos ante la ley civil: "It attempts to determine appropriate punishment based on the idea of respect for persons (the second formulation of the categorical imperative, respect for persons) and on equality before the law (arguably related to the first formulation, requiring that policies be universal laws)" (2009: 193).

[16] Tanto en sus escritos éticos como en sus textos jurídicos, Kant impugna toda apelación a la felicidad como principio a partir del cual pudiese desarrollarse una fundamentación de la moral, asumiendo una perspectiva formal, reivindica el valor intrínseco de la persona y de la justicia. Este rechazo del eudemonismo como principio ético o jurídico también lo es de la concepción utilitaria de la pena, a nivel de una justificación apriorística del Derecho penal. El castigo no es una mera herramienta política para evitar o desincentivar el crimen, tampoco es una institución que sirva al bienestar o al beneficio de los miembros de la comunidad política, sino una condición elemental de la justicia pública.

una justificación *a priori* del derecho, el castigo no puede ser legitimado como acción orientada a prevenir la comisión de delitos, sino en hacer posible que el infractor *reciba lo que sus actos merecen*. A través del castigo se restablece el equilibrio entre los *platillos de la balanza*, esto es, la equidad alterada por el crimen. Ya se trate del incumplimiento de la ley moral o de la civil, el castigo ostenta un valor *en sí,* que permite restablecer el desequilibrio producido a partir del incumplimiento de la ley pública.[17] Sobre la base de estos principios (jurídicos, morales, metodológicos), Kant reivindica, en el § 49, el sentido retributivo del castigo, sin que ello implique desconocer su sentido preventivo o su utilidad social.

El principio retribucionista no sólo permite una justificación de la coacción que el Estado ejerce contra quien delinque (coacción ejercida, según se ha indicado, a título de *contra-coacción*), sino que además se deriva la exigencia de una estricta proporcionalidad entre crimen y castigo.[18] La noción de proporcionalidad es invocada por Kant a través de una referencia explícita a *la ley del talión*:

> Pero, ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le injurias, te injurias a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Solo la *ley del talión* [*ius talionis*] puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado al otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones. (MS, Ak. VI: 332)

[17] Para un análisis de las implicaciones del principio de reciprocidad, en el dominio ético y en el jurídico, véase Beade, 2017: 275-291.

[18] Véase, supra, nota 9.

Los ejemplos que Kant propone a fin de explicar cómo debe ser interpretada y aplicada la *ley del talión* ("*lo mismo por lo mismo*") evidencian las dificultades que se presentan al momento de su trasposición a casos concretos (MS, Ak. VI: 332 y ss.). En efecto, resulta complejo establecer una equivalencia o proporcionalidad estricta entre castigo y delitos tales como la injuria, la agresión física, o el robo (para citar aquí los mencionados por el filósofo). Como el análisis de estas dificultades excede el objetivo de este trabajo, bastará con señalar las premisas (jurídicas, morales y metodológicas) a partir de las cuales Kant otorga preeminencia a la función retributiva del castigo, independientemente de los escollos que deberán sortearse al momento de su aplicación a casos concretos.[19]

En el apartado siguiente, haré referencia a algunos de los principales debates originados, en la literatura especializada de las últimas décadas, en torno al retribucionismo kantiano. Además, presentaré algunas consideraciones acerca de cómo puede interpretarse la articulación entre las funciones retributiva y preventiva del castigo en el marco de la doctrina jurídica kantiana, basada en sus reflexiones en torno al vínculo entre el *derecho* y la *coacción*.

DIVERSAS APROXIMACIONES AL PROBLEMA DE LA ARTICULACIÓN ENTRE LA FUNCIÓN RETRIBUTIVA Y PREVENTIVA DEL CASTIGO

En las últimas décadas, los intérpretes han analizado, a través de distintas estrategias, el problema de una posible articulación entre el principio retri-

[19] Esta importante tarea será encomendada a un tribunal de justicia. La imposición del castigo debe estar a cargo de una autoridad pública legalmente autorizada para dictar sentencia. El juez, o en su defecto, el tribunal, es la *persona* a quien se encomienda imputar el grado y tipo de responsabilidad por el crimen cometido, y decidir, a través de un proceso basado en la legislación vigente, cuál es el castigo correspondiente al delito. Kant declara que la existencia del poder judicial hace posible una *justicia distributiva o pública* en el orden civil (MS, Ak. VI: 306). Véase Beade, 2019: 279-304. A partir de la importancia fundamental que el filósofo atribuye al recto funcionamiento de un tribunal judicial, pueden interpretarse sus observaciones en relación al llamado *derecho de gracia*, "el más equívoco de los derechos del soberano, pues si bien prueba la magnificencia de su grandeza, permite, sin embargo, obrar injustamente en alto grado" (Kant, MS, Ak. VI: 337). Si el soberano decide reducir la pena, o bien eximir totalmente de ella al criminal, impide, en efecto, que éste reciba *lo que sus actos merecen.*

butivo y el preventivo en el tratamiento kantiano del Derecho penal.[20] No haré un estudio pormenorizado de las diversas propuestas interpretativas, sólo indicaré algunas contribuciones que considero especialmente relevantes para elucidar la cuestión.

Potter alega que en la teoría kantiana del castigo se articulan la perspectiva *deontológica* y la *teleológica* —la primera, ligada al principio retributivo; la segunda, al preventivo—.[21] Si bien la función retributiva resulta fundamental, según las observaciones explícitamente formuladas por Kant en su doctrina del derecho público, la disuasoria resulta igualmente necesaria, ya que, sin la *aversión a la coacción,* no podría desincentivarse el delito ni garantizar la estabilidad del orden civil.[22]

20 Como veremos, Nelson Potter introduce la distinción entre la perspectiva deontológica y la teleológica (en la consideración de la pena); Sharon Byrd y Joachim Hruschka proponen diferenciar el momento prospectivo y el retrospectivo; por su parte, Howard Williams recurre a la distinción entre los planos nouménico y fenoménico.

21 "Kant introduces into the very heart of his theory of punishment teleological considerations relating to deterrence in the state. Does this amount to an inconsistency or an incoherency in Kant's theory? As we shall see further below, the answer is No. The deontological *lex talionis* determines the degree and nature of the punishment. The teleological result of criminal deterrence is a sort of side-effect of imposing such punishments, though it is an indispensable such effect, because it provides the incentive for obeying the law that is necessary for its functioning as a law" (Potter, 2009: 182-183).

22 "Kant, following in the social contract tradition of Hobbes, Locke, and Rousseau (and with differences from each), claims that we have an obligation to leave the state of nature, and enter into a political commonwealth. The purpose of this transition is so that the state can protect the rights to property and person that we already possess in the state of nature, but that are "provisional" and undefended so long as we remain in that state. That is, we are obliged to seek to create a commonwealth so that our rights and those of all others can be protected. The basic mechanism by which the state will protect these rights is the institution of criminal law, which forbids the broad range of acts that are violations of external rights, and which provides negative incentives through criminal punishment for violating those laws […]. The incentive that accompanies external law cannot be the inner moral incentive of moral goodness. This latter motivation comes from within ourselves and can be imposed only by ourselves on ourselves. The only possible incentive for law is external coercion. However, moral individuals can decide to obey the law, for example, not to steal, based on purely ethical motivation, but the point is that we want more assurance than this, by in addition providing a state with institutions of criminal law that will create enough social order to make inner moral development socially and psychologically possible" (Potter, 2009: 183-184). Al considerar la aversión a la coacción como móvil específico que opera en el ámbito jurídico-político, Kant admite, pues, la función disuasoria del castigo: "In the moral system of the state the incentives are provided by the state system of criminal law and punishment. Hence deterrence is an essential and basic purpose of

Byrd y Hruschka coinciden con Potter en que no debe considerarse a Kant como un retribucionista estricto; sin embargo, no priorizan la función retributiva del castigo, sino su función preventiva. El objetivo principal del castigo, sostienen, es disuadir a los individuos de la comisión de delitos, mientras que la finalidad retributiva desempeña una suerte de función regulativa.[23] Si bien la interpretación desarrollada por Byrd y Hruschka evidencia aspectos importantes de la articulación entre las diversas funciones del castigo, sin embargo, desatiende la relevancia de las premisas morales mediante las cuales Kant analiza la cuestión del Derecho penal. Tales premisas reivindican la dignidad de la persona humana (considerada como *fin en sí misma*) —impugnando toda consideración de ella como un mero *medio*— y también, de manera explícita, la finalidad *retributiva* de la institución penal. Al priorizar el aspecto prospectivo del castigo, relegan la importancia de los principios morales en los que Kant sustenta su concepción del mismo.

Arthur Ripstein coincide con Potter, Byrd y Hruschka respecto del carácter complementario entre los aspectos retributivo y preventivo del castigo en el marco de la teoría jurídica kantiana; sin embargo, considera la función preventiva como la decisiva: el castigo no es, para Kant, un mero *medio* para preservar o garantizar la libertad y el derecho, sino que es un *fin en sí*.[24] Si

---

the institution of punishment, and Kant's theory of punishment is not and cannot be a system of pure retributivism" (Potter, 2009: 184).

23 Los autores examinan la relación entre Gottfried Achenwall y Kant, señalando que ambos filósofos distinguen dos momentos diferenciados del castigo, a saber: uno prospectivo (vinculado con la amenaza) y otro retrospectivo (ligado a la ejecución del mismo). Byrd y Hruschka concluyen que tanto Achenwall como Kant consideran fundamental el momento prospectivo, pues, sin la anticipación del castigo, no podría funcionar la aversión como móvil disuasorio, y no podría garantizarse entonces la obediencia a las leyes públicas. Si bien el momento retrospectivo (ligado al principio retributivo) resulta necesario a fin de que la dimensión prospectiva (preventiva) tenga lugar, esta última prevalecería en el tratamiento kantiano de la cuestión. *Cfr.* Byrd y Hruschka, 2010: 268 y ss.

24 Señala Ripstein: "Byrd characterizes civil society as 'a means necessary to the end of individual freedom,' punishment as 'instrumental in nature,' and criminal law as 'an instrument to preserve civil society.' To characterize something as a means or instrument suggests that it serves to achieve something that might exist apart from it. Where Byrd writes of means or instruments, I will argue that Kant posits an identity: civil society is the systematic realization of individual freedom, required *a priori* 'however well-disposed and right-loving human beings might be.' In turn, the criminal law is an integral part of civil society, for it is nothing more than the supremacy of public law against opposing individual wills, should there turn out to be any. The enforcement of its prohibitions is itself equivalent to the prohibitions themselves" (2009: 303).

bien considerado *prospectivamente* induce al cumplimiento de la ley, *retrospectivamente* compensa el daño cometido, siendo ésta su función más elemental (Ripstein, 2009: 306-308). Ciertamente, ambos aspectos son necesarios y se da una íntima correlación entre ellos (sin la ejecución efectiva del castigo no habría incentivo para obedecer las leyes, y sin su amenaza no podría desincentivarse el crimen); pero el aspecto retributivo asume, según Ripstein, un papel fundamental en la concepción kantiana del castigo.

Al igual que los autores mencionados, Thomas Hill sostiene que el retribucionismo kantiano no es radical, sino moderado. Si bien ciertos ejemplos propuestos por el filósofo permitirían calificarlo así,[25] en ese contexto, la *ley del talión* se presenta como un principio vinculado a una *política de Estado* y no como principio moral, como suele suceder con los defensores de un retribucionismo estricto (*cfr.*, Hill, 2002: 333). El intérprete señala —y coincide con Potter—, que, al asumir una función disuasoria del castigo, Kant no está haciendo concesiones al principio utilitarista (difícilmente conciliable con la perspectiva *metafísica* y *apriorística* bajo la cual desarrolla su teoría jurídica): éste retribuye el delito cometido, pero ostenta, *al mismo tiempo*, un carácter disuasorio, fundamental para la existencia y estabilidad del orden civil.[26]

[25] Hill se refiere al siguiente ejemplo: "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 considerárselo como cómplice de esta violación pública de la justicia" (MS, Ak. VI: 333).

[26] "I argue that, despite appearances to the contrary, in his more mature, systematic work Kant does not rely on the intrinsic desert thesis as a basic action-guiding principle. The right and the duty of the state to punish criminals is justified as a part of a system of credible (and so enforced) threats needed to uphold justice by deterring potential lawbreakers" (Hill, 2002: 316). Ambos principios, el retribucionista y el preventivo, aparecen entrelazados en el tratamiento kantiano del castigo. "It is observed, no doubt correctly, that the prospect of punishment is a significant aspect of the motivation of most law-abiding citizens, but it is not noticed that the thought of punishment can motivate in quite different ways. What we call 'fear of punishment' is in fact complex and ambiguous. Understood in one way, it is a morally unworthy motive but probably not the sole or primary explanation of why most citizens are law abiding. Understood in another way, fear of punishment is probably a motivating factor for most citizens but not a motive that altogether lacks moral worth. If my conjecture here is correct, we who conscientiously obey the law do not stand to most fellow citizens as the high-minded to the contemptible. Rather, we all relate to each other as imperfect moral

Por su parte, Williams propone considerar la articulación entre ambas dimensiones del castigo apelando a la distinción *nouménica* y *fenoménica*, la primera vinculada al dominio moral; la segunda, al empírico (1983: 106 y ss.). La dimensión prospectiva del castigo se inscribe en lo *nouménico*, es decir, remite a los principios jurídicos y éticos que justifican *a priori* la legitimidad del orden civil; mientras la preventiva o correctiva se inscribiría en un ámbito *fenoménico*, donde la ejecución fáctica del castigo es la respuesta del aparato legal ante los crímenes cometidos. Esta doble perspectiva sería relevante para considerar al individuo a quien se impone el castigo: en tanto ser perteneciente al *mundo inteligible* (*nouménico*), puede ser considerado como una de las partes contratantes en la fundación del orden civil y, por ende, *colegislador* (coautor de las leyes coercitivas que rigen en la sociedad). Desde esta perspectiva, puede afirmarse que todos los miembros de la sociedad civil se sujetan voluntariamente a leyes públicas y, con ello, al poder público instituido para su ejecución; en este sentido, cada miembro consiente obedecer y ser castigado por dicho poder, en caso de infringir las leyes. Ahora bien, como ser perteneciente al *mundo sensible* (*fenoménico*), quien transgrede la ley se hace merecedor de una restricción de sus derechos o libertades, es decir, de una limitación de su *personalidad civil*, y en cuanto tal no se lo considera como *colegislador* o miembro del cuerpo soberano, sino como *súbdito* (en tal sentido se le impone un castigo). A través de esta doble consideración, argumenta Williams, puede comprenderse que el castigo en sentido empírico —*i. e*. como daño físico o limitación de la libertad impuesta, legítimamente, al infractor— no daña su dignidad como *ser nouménico*.[27]

agents who, despite lapses, generally show their respect for each other by maintaining a reasonable moral aversion to incurring the justified disapproval of their peers, as would be expressed in just punishment. Although Kant does not say all this, it is compatible, I believe, with the main features of his moral and political theory" (Hill, 2002: 361). Luego añade que la aversión al castigo no es el móvil exclusivo que compele al cumplimiento de las normas jurídicas, sino que puede articularse con otro tipo de móviles, como el respeto a la ley o el respeto al derecho de otros (Hill, 2002: 349 y ss.).

27 Para un análisis de esta doble perspectiva en la consideración del individuo, remito al § 47 de *La metafísica de las costumbres*, en el que Kant, haciendo uso de una fórmula de raigambre rousseauniana, alude a la relación entre un "*soberano* universal (que, desde el punto de vista de las leyes de la libertad, no puede ser ningún otro más que el pueblo unido mismo) como el conjunto de individuos del pueblo como súbdito, es decir, la relación del que *manda* con el que *obedece*" (MS, Ak. VI: 315). Si bien esta fórmula contractual permite conciliar la libertad innata del individuo con la sujeción a la

Como he anticipado, considero que la preeminencia del aspecto retributivo del castigo en el Derecho penal se sustenta en la concepción moral de la persona como *fin en sí*, la cual configura el punto de partida para el desarrollo de la *metafísica moral* de Kant y, en consonancia, de su *metafísica jurídica*. El análisis de la breve sección dedicada al Derecho penal en *La metafísica de las costumbres* permite concluir que la finalidad elemental del castigo es *impartir justicia*, y la imposición de un castigo justo *honra la dignidad de la persona* que ha desobedecido la ley —de manera inversa, la injusticia implicada en la impunidad del crimen vulneraría la dignidad humana, tanto la de aquel que ha sido perjudicado por la acción delictiva como la del propio infractor—.[28] Si desde una perspectiva *jurídica* puede afirmarse que quien infringe la ley *incumple el contrato social* y se hace merecedor de un castigo (en cuanto ha faltado al compromiso asumido ante cada miembro de la sociedad civil, con quienes ha pactado someterse a leyes públicas), desde una perspectiva *moral* el infractor deshonra el valor de la humanidad —tanto en su propia persona como en la de otros— y es justo que sea castigado por ello. Desde ambas perspectivas, el castigo asume una función eminentemente retributiva en tanto acción que otorga, a quien delinque, *lo que sus actos merecen*.[29] Como

ley, el modo en que Kant y Rousseau comprenden las consecuencias de esta doble consideración del individuo difiere en puntos sustanciales. Veánse Kaufman, 1997: 25-52; Beade, 2013: 59-84.

[28] Algunos ejemplos de esta sección expresan el castigo como una acción que *honra la dignidad* de quien ha cometido un delito. Ahí señala que la pena de muerte es *honorable* para quien comete crímenes como la rebelión, el asesinato o de alta traición. Es justo que el asesino muera, pues es el único castigo equivalente al daño cometido. En su justificación de la pena capital, Kant afirma que "así lo quiere la justicia como idea de poder judicial, según leyes universales, fundamentadas *a priori*" (MS, Ak. VI: 334). Diversos intérpretes han señalado las dificultades suscitadas al momento de articular dicha justificación con el principio ético de la dignidad absoluta de la persona. Más allá de esas importantes dificultades, la justicia pública, según Kant, requiere, como condición básica y elemental, "que cada cual reciba lo que merecen sus actos" (MS, Ak. VI: 333), y dado que ningún otro castigo puede ser *equivalente* o *proporcional* al delito de privar a otro de su vida, esta justificación de la pena capital expresa el principio retribucionista predominante en su concepción del castigo. Véase Potter, 2009: 187 y ss.

[29] Desde la perspectiva *moral*, el castigo honra la dignidad de la persona; desde la estrictamente jurídica, compensa o repara el daño cometido, restableciendo la equidad y la reciprocidad en el derecho, valores elementales del orden jurídico-político. Diversos autores destacan la significación *moral,* en sentido amplio, que Kant otorga al castigo (Williams, 1983: 102; Fleischacker, 1992: 193); quienes la rechazan (véanse Murphy, 1994: 121 y ss.; Ripstein, 2009: 316) tienden a identificar lo

he señalado, Kant no niega que el castigo pueda asumir una función de tipo preventiva: simplemente hace hincapié en el sentido retributivo del castigo en el marco de una *doctrina metafísica del derecho*, cuyo propósito es establecer los principios *a priori* del orden jurídico, para lo cual debe dejar de lado toda consideración de carácter empírico o prudencial, y basarse en principios puramente racionales —como aquél que afirma la dignidad absoluta de la persona.[30]

CONSIDERACIONES FINALES

El análisis previo permite advertir que Kant confiere un valor fundamental al principio retributivo en su tratamiento del Derecho penal, de manera más general, en su concepción de la *justicia*. Desde la perspectiva del filósofo, es *justo* obedecer las leyes, y es igualmente *justo* que quien las incumpla sea castigado por ello. Si la justicia es hacer "lo correcto según las leyes",[31] quien

moral con lo *ético*, por ello insisten en priorizar los fundamentos jurídicos (contractualistas) que explican la posición kantiana respecto del Derecho penal. Para Murphy, el criminal viola leyes públicas establecidas a través del *contrato originario*, por lo cual merece ser castigado. De manera análoga, Ripstein sostiene que el retribucionismo kantiano es de carácter jurídico, mas no moral, pues la función elemental del castigo es garantizar la efectividad de las leyes (2009: 306). El aparente desacuerdo entre estas interpretaciones reside, según entiendo, en su concepción de lo *moral*: mientras Williams y Fleischacker lo articulan como un dominio que incluye tanto lo ético como lo jurídico, Murphy y Ripstein identifican lo *moral* con lo *ético*, por ello rechazan la significación moral del castigo.

30 Una extensa tradición interpretativa (Mohr, 2009; Auxter, 1991; Falcioni, 2001, y Merle, 2007) ha considerado a Kant como un retribucionista estricto, basándose, como señala Maximiliano Hernández Marcos, casi exclusivamente en la lectura del fragmento E de la "Observación General" añadida al § 49 de la "Doctrina del Derecho": el análisis de textos, como la quinta nota aclaratoria del "Apéndice", incorporado a la segunda edición de *La metafísica de las costumbres* en 1798, o una serie de escritos póstumos, permiten advertir el reconocimiento kantiano del sentido preventivo del castigo, ligado a la dimensión pragmática del mismo —por oposición al principio retributivo vinculado, en cambio, con su dimensión moral (Hernández, 2013)—. El autor realiza una reconstrucción histórica de las diversas interpretaciones del retribucionismo kantiano, a fin de explicar cómo sus versiones tradicionales han dado paso a nuevas lecturas, donde se reconoce la importancia de la dimensión retributiva y preventiva de la pena, ambas presentes en la justificación kantiana del derecho penal (Hernández, 2016: 260).

31 Kant declara, en efecto, que "lo que es correcto según leyes externas se llama justo [*iustum*], lo que no lo es, injusto [*iniustum*]" (MS, Ak. VI, 224), lo cual permitiría inscribirlo en la línea del *positivismo jurídico*. Sin embargo, otras afirmaciones lo situarían en las filas del *iusnaturalismo*. A modo de

no hace lo correcto merece ser castigado, haciendo compatible el castigo con la justicia y el derecho.[32] A través de la pena ejercida contra quien comete un delito, el poder público *imparte justicia*, restituyendo la equidad y reciprocidad implicadas en el concepto de *derecho*. Ahora bien, más allá de la exigencia jurídica de castigar las infracciones de la ley, el castigo *honra la dignidad de la persona*, en tanto supone el reconocimiento del individuo como un ser libre y autónomo, es decir, sus acciones le pueden ser lícitamente imputadas.

La prioridad que Kant concede a la finalidad retributiva del castigo se funda no sólo en premisas jurídicas, sino ante todo *morales*, basadas en la concepción de la dignidad absoluta de la persona humana, en virtud de la cual no puede ser utilizada jamás como un mero *medio*. Dicha prioridad responde asimismo a premisas *metodológicas*, ligadas a la exigencia de evitar consideraciones empíricas (consecuencialistas) en el marco de una *metafísica del derecho*. Más allá de la preeminencia que Kant asigna a la función retributiva del castigo, debe reconocerse que la preventiva se halla implicada —como he sugerido— en la definición kantiana del *derecho* y, más específicamente, en su correlación con la *coacción*, asumida como condición básica y fundamental del orden jurídico-político. Si bien el derecho no es mera coacción, la capacidad coercitiva del Estado está implicada en el concepto de derecho público; la posibilidad de disuadir a los miembros de la comunidad civil del incumplimiento de las leyes es una instancia fundamental para la preservación del estado de derecho. La primacía del carácter retributivo de la pena (en el tratamiento kantiano

ejemplo, al reflexionar acerca de la pregunta fundamental *¿qué es el derecho?*, Kant sostiene que *el derecho —lo justo—* no se determina por la ley positiva, sino sólo por la razón (MS, Ak. VI: 230). Añade que los principios de la razón deben ser el fundamento último de toda legislación positiva, esto es: su principio de legitimidad. Para un análisis de la tensión entre iusnaturalismo y positivismo jurídico en la filosofía jurídica kantiana, véanse Cortina, 1994: XLIII-XLVI; Hancock, 1961: 440-447.

[32] Las teorías mixtas o híbridas contemporáneas procuran explicar de qué manera el castigo puede resultar acorde con el derecho. A modo de ejemplo, Mitchell Berman propone una justificación dualista de la institución penal, que articula aspectos retributivos y consecuencialistas. Establece una diferencia entre aquellos casos donde la persona castigada es responsable del delito, recibiendo una sanción proporcional a su grado de culpabilidad, y los llamados casos periféricos, *i. e*., cuando la imposición del castigo se basaría en una evaluación errónea de la responsabilidad del acusado en la comisión del delito. Berman señala que ambos requieren justificaciones diversas del castigo; por tal motivo, el principio retribucionista debe, en cierto modo, complementarse con principios consecuencialistas de carácter preventivo (2012: 141 y ss.).

del castigo) busca evitar la instrumentalización de la institución penal, en el marco de una metafísica jurídica cuyo propósito es establecer los principios *a priori* que fundamentan el orden jurídico-político; ello no implica un rechazo de su carácter preventivo ni un desconocimiento de los beneficios que reporta. El concepto de *derecho* involucra aspectos coercitivos, más allá de su aplicación efectiva (en caso del incumplimiento de la ley), vinculados a la posibilidad de la coacción, entendida como un modo eficaz de prevenir el delito, preservando la estabilidad del orden legal.

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto KANTINSA (Kant in South-america), financiado por la Unión Europea (Horizon 2020, programa de investigación e innovación Marie Slodowska-Curie No 777786).

BIBLIOGRAFÍA

Auxter, Thomas (1991), "Kant's theory of retribution", en Gerhard Funke (ed.), *Akten des Siebten Internationalen Kant-Kongresses Mainz*, Bonn/Berlín, vol. II. núm. 2, pp. 307-315.

Berman, Mitchell (2012), "The justification of punishment", en Andrei Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Londres, Routledge, pp. 141-156.

Byrd, Sharon y Joachim Hruschka (2010), *Kant´s Doctrine of Right. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press.

Byrd, Sharon (1989), "Kant's theory of punishment: Deterrence in its threat, retribution in its execution", *Law and Philosophy*, vol. 8, pp. 151-200.

Cordini, Nicolás (2018), "La fundamentación y finalidad de la pena en las 'Lecciones sobre filosofía moral': un estudio sobre el pensamiento kantiano previo a 'La metafísica de las costumbres'", *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja*, núm. 21, pp. 25-55.

Cortina Orts, Adela (1994), "Estudio preliminar", en Immanuel Kant, *Metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, pp. xliii-xlvi.

Falcioni, Daniela (2001), "Aporien des Strafrechts bei Kant. Eine Alternative zum Jus Talionis", en Volker Gerhardt, Rolf-Peter Hortsmann y Ralph Schumacher (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung. Akten des IX. Internationalen Kant-Kongresses*, vol. IV, Berlín, pp.106-115.

Fleischacker, Samuel (1992), "Kant's theory of punishment", en Howard Lloyd Williams (ed.), *Essays on Kant's Political Philosophy*, UK/Chicago, The University of Chicago Press, pp. 191-212.

Gregor, Mary (1963), *Laws of Freedom. A Study of Kant's Method of Applying the Categorical Imperative in the Metaphysik der Sitten*, Nueva York, Barnes & Noble.

Guyer, Paul (2006), *Kant*, Nueva York, Routledge.

Hancock, Roger (1961), "Kant and the natural right theory", *Kant-Studien*, núm. 52, pp. 440-447.

Hernández Marcos, Maximiliano (2016), "La actualidad del Kant penalista. Un balance crítico", en Rafael Valeriano Orden Jiménez, Juan Manuel Navarro Cordón y Rogelio Rovira Madrid (coords.), *Kant en nuestro tiempo. Las realidades en que habitamos*, Madrid, Biblioteca Nueva, pp. 253-270.

Hernández Marcos, Maximiliano (2013), "Kant's criminal wisdom. A critical reconstruction", *Archiwum Historii Filozofii i Mysli Spolecnej/Archive of the History of Philosophy and Social Thought*, vol. 58, pp. 93-106.

Hill, Thomas (2002), *Human Welfare and Moral Worth. Kantian Perspectives*, Oxford, Clarendon Press.

Hill, Thomas (1997), "Kant on punishment: A coherent mix of deterrence and retribution", *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 5, pp. 291-314; reproducido en Thomas Hill, *Respect, Pluralism and Justice. Kantian Perspectives,* Oxford/Madrid, 2000, pp. 173-199.

Höffe, Otfried (1999), "Vom Straf- und Begnadigungsrecht", en Otfried Höffe (ed.), *Immanuel Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Berlín, pp. 213-233.

Höffe, Otfried (1982), "Kants Begründung des Rechtszwangs und der Kriminalstrafe", en Reinhard Brandt (ed.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung. Symposium Wolfenbüttel 1981*, Berlín/Nueva York, pp. 335-375.

Kant, Immanuel (2007), *Crítica de la razón práctica*, Madrid, Alianza Editorial.

Kant, Immanuel (2005), *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Madrid, Alianza Editorial.

Kant, Immanuel (1998), *Lecciones de* ética, Barcelona, Crítica.

Kant, Immanuel (1994), *Metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos.

Kant, Immanuel (1902 y ss.), *Kants gesammelte Schriften*, IX vols., Berlín, Königlich Preussischen, Deutschen Akademie der Wissenschaften.

Kaufman, Arthur (1997), "Reason, self-legislation and legitimacy: Conceptions of freedom in the political thought of Rousseau and Kant", *The Review of Politics*, vol. 59, núm. 1, pp. 25-52.

Kaulbach, Friedrich (1970), "Moral und Recht in der Philosophie Kants", en Jürgen Blühdorn y Joachim Ritter (eds.), *Recht und Ethik*, Fráncfort, Vittorio Klostermann, pp. 77-82.

Mohr, Georg (2009), "'nur weil er verbrochen hat'- Menschenwürde und Vergeltung in Kants Strafrechtsphilosophie", en Heiner F. Klemme (ed.), *Kant und die Zukuntf der europäischen Aufklärung*, Berlín/Nueva York, pp. 469-499.

Mulholland, Leslie (1990), *Kant's System of Rights*, Nueva York, Columbia University Press.

Pippin, Robert (2007), "Mine and thine? The Kantian State", en Paul Guyer (ed.), *The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 416-446.

Potter, Nelson (2009), "Kant on punishment", en Thomas Hill (ed.), *The Blackwell Guide to Kant's Ethics*, Oxford, Blackwell Publishing, pp. 179-195.

Ripstein, Arthur (2009), *Force and Freedom. Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press.

Scheid, Don (1983), "Kant's retributivism", *Ethics*, vol. 93, núm. 2, pp. 262-282.

Schild, Wolfgang (1995), "Anmerkungen zur Straf- und Verbrechensphilosophie Immanuel Kants", en Meinhard Heinze y Jochen Schmitt (eds.), *Festschrift für Wolfgang Gitter*, Wiesbaden, Chmielorz, pp. 831-846.

Schild, Wolfgang (1984), "Ende und Zukunft des Strafrechts", *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, vol. 70, núm. 1, pp. 71-112.

Villacañas Berlanga, José Luis (1999), *Res Publica. Los fundamentos normativos de la política*, Madrid, Akal.

Williams, Howard (2011), "Metaphysical and not just Political", en Sorin Baiaus, Sami Pihlström y Howard Williams (eds.), *Politics and Metaphysics in Kant*, Cardiff, University of Wales Press, pp. 215-234.

Williams, Howard (1983), *Kant's Political Philosoph y*, Oxford, Basil Blackwell.

Ileana P. Beade: Doctora en Ciencia Política por la Universidad Nacional de Rosario. Doctora en Humanidades y Artes con mención en Filosofía por la Universidad Nacional de Rosario. Magíster en Ciencias Sociales con mención en Teoría política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Investigadora Independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Profesora de la Cátedra de Problemática Política de la Facultad de Humanidades y Artes de la Universidad Nacional de Rosario. Presidenta de la Sociedad de Estudios Kantianos en Lengua Española (SEKLE). Miembro del Grupo de Estudios Kantianos de la Universidad de Buenos Aires (GEK). Ha publicado numerosos artículos sobre filosofía kantiana en revistas especializadas internacionales.

D. R. © Ileana P. Beade, Ciudad de México, enero-junio, 2023.