

## **Algunas precisiones acerca del pensamiento jurídico de Kant en materia penal**

Por Luis Guillermo Blanco (\*)

Sumario: I. Introducción. La ley penal como “imperativo categórico”. II. El “imperativo categórico”, el Derecho y su “principio universal”. III. La dignidad humana y la aplicación de las penas jurídicas. IV. Acerca de los fundamentos de la punición estatal.-

### **I. Introducción. La ley penal como “imperativo categórico”.-**

Es sabido que, en materia del poder punitivo del Estado (administrativo, penal y contravencional, para ser exactos) <sup>(1)</sup>, y, más precisamente, en cuanto a su fundamentación (si se prefiere, la del derecho estatal a aplicar penas, o como lo llamaba Kant, “el derecho de castigar”) <sup>(2)</sup>, en lo que atañe al Derecho Penal -recordando a su respecto que “toda teoría de

---

(\*) Abogado (UBA). Fue docente-investigador de la UBA (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” - Facultad de Derecho) y Miembro del Comité Hospitalario de Ética del Hospital de Clínicas “José de San Martín” (Facultad de Medicina, UBA). Es docente del Instituto de Seguridad Pública de la provincia de Santa Fe.

<sup>(1)</sup> Fuera de las infracciones administrativas de cualquier tipo, sea que se considere que las contravenciones tienen naturaleza penal (Freijo, José L.: *Comentarios sobre aspectos básicos del Código de Convivencia de la provincia de Santa Fe*, Editorial Jurídica Panamericana, 2018, p. 27) o que comprenden una rama del Derecho Penal material (Szczyry, Romina L. y Melchi, Laura P.: *Naturaleza jurídica de las faltas: una revisión del estado actual de la discusión acerca de sus diferencias con la contravención y el delito* [2015] <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41811-naturaleza-juridica-faltas-revision-del-estado-actual-discusion-acerca-diferencias>), sino que el Derecho Contravencional puede calificarse como derecho penal especial (Zaffaroni, Eugenio R.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs. As., 1998, Tº I, p. 235), o que el sistema contravencional es poder punitivo, y ambos fueros (contravencional y penal) son “partes de un mismo sistema: el penal” (Osio, Alejandro J.: *Garantías constitucionales en el proceso contravencional. Análisis convencional y constitucional del Código de Faltas de la provincia de La Pampa y propuesta de reforma* [2016], p. 12 <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43963-garantias-constitucionales-proceso-contravencional>), que *el sistema contravencional es poder punitivo estatal*, se encuentra fuera de discusión (Último acceso a los sitios aquí mencionados: 16/07/2019). Por lo tanto, en lo pertinente, lo que diremos con respecto al pensamiento penal kantiano, vale para las contravenciones.

<sup>(2)</sup> Kant: *Principios metafísicos del derecho*, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1873, p. 194: “El derecho de castigar es el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito por causa de la transgresión de la ley”. La traducción de este párrafo dada a Kant, Immanuel: *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 4ta. Edic., 2005, ps. 165/166, es absolutamente distinta (“El derecho penal es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido, de imponerle una pena por su delito.”). Esta obra (de 1797) consta de dos partes: la primera, los “Principios metafísicos de la doctrina del derecho”, y la segunda, los “Principios metafísicos de la doctrina de la virtud”. Y es distinta de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (que data de 1785), que versa sobre el principio fundamental de la moralidad. Además, como dicha primera parte ha sido traducida y publicada por separado, siendo provechoso cotejar sus textos (que en ocasiones difieren en alguna medida), es que empleamos a la antes aquí citada en primer lugar. Vale acotar que, “en el lenguaje de Kant «metafísica» tiene el significado preciso de forma de conocimiento racional pura, no derivada de la experiencia: «conocimiento a priori, o derivado del intelecto puro» (Fassò, Guido: *Historia de la filosofía del derecho*, Tº 2, Pirámide, Madrid, 1982, p. 266), o como dice Copleston, Frederick: *Historia de la Filosofía*, Vol. VI, Ariel, Barcelona, 2002, p. 25: “El estudio de la capacidad de la razón respecto del conocimiento puro *a priori* se llama filosofía crítica, mientras que la presentación sistemática del entero cuerpo de conocimiento filosófico conseguido o accesible por el poder de la razón pura (o sea, *a priori*) se llama metafísica”. O sea que la voz “crítica” equivale aquí a “investigación” que tienen como norte la utilización, el alcance y los límites de la razón.

la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal”<sup>(3)</sup>- y en cuanto a las diversas teorías que versan acerca de la finalidad, funciones y justificación de las penas (y con ello, es claro, a la fundamentación de la punición estatal)<sup>(4)</sup>, es un lugar común señalar que Kant (1724-1804) fue (o es, si se prefiere) uno de los representantes más caracterizados de las “teorías absolutas”, para las cuales la pena tiene su justificación en sí misma<sup>(5)</sup>, siendo legítima en cuanto y en tanto importe una justa retribución de los delitos, y sólo eso<sup>(6)</sup>.

Aserto al cual, por lo común, se arriba -por cierto, correctamente- en función de algunos textos sistemáticamente consolidados del solitario de Köenigsberg<sup>(7)</sup>, de los cuales, en definitiva, resulta que “Kant sostenía la necesidad de la pena impuesta por el imperativo categórico y su medida era el talión”<sup>(8)</sup>. Y así, como “la circunstancia de que la ley penal según Kant sea un imperativo categórico y que ésta sea la forma correspondiente a la moral”<sup>(9)</sup>, de ello se sigue que, según el razonamiento kantiano, “la pena es una retribución ética, justificada por el valor moral de la ley penal infringida por el culpable y del castigo que consiguientemente se le inflige”<sup>(10)</sup>.

Entonces así, sin perjuicio de que las opiniones de mención, como ya se dijo, son correctas (que la teoría kantiana contenga algunos matices de los cuales pueda inferirse que las penas también tendrían efectos disuasivos [preventivo-generales], a nuestro parecer, no le

---

<sup>(3)</sup> Bacigalupo, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, 2da. Edic., Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 29.

<sup>(4)</sup> Cfr. Graneris, Giuseppe: *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979, ps. 220 y ss.

<sup>(5)</sup> Elbert, Carlos A.: *Manual básico de criminología*, EUDEBA, Bs. As., 1998, ps. 111/112.

<sup>(6)</sup> Bacigalupo, E., ob. cit., ps. 31/32. Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Civitas, Madrid, 1997, ps. 81/82, explica que “la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría «absoluta» porque para ella el fin de la pena es independiente, «desvinculado» de su efecto social (lat. *absolutas* = desvinculado)”.

<sup>(7)</sup> P. ej., entre otros iusfilósofos y juristas, ver Bacigalupo, E., ob. cit., ps. 81/82; Del Vecchio, Giorgio: *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1974, ps. 101/101; Goldschmidt, Werner: *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Bs. As., 1978, ps. 481 y 578; Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 8va. Edic., 2006, p. 78; Roxin, C., ob. cit., T. I, ps. 82/83. Señala Cordini, Nicolás: *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”*, en “Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja”, N° 21, Bs. As., diciembre 2018-mayo 2019, ps. 25 y ss. (<http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/388>), que Joachim Hruschka entiende que la consideración de la teoría de la pena según Kant en tanto pura retribución se debe a una errónea interpretación de Klaus Lüderssen; que Armin Kaufmann niega que Kant sostenga una “retribución pura”; que se ha dicho que entre la teoría utilitaria de la prevención y la de la retribución existe una tercera vía, una auténtica teoría kantiana (Jean-Christophe Merele), que otros sostienen que Kant no tiene realmente una teoría coherente de la pena, sino sólo un revoltijo de pensamientos semiconectados (Thomas E. Hill), y que algunos niegan que en Kant exista una “teoría de la pena” (Jeffrie G. Murphy). (Último acceso: 11/07/2019). Vale aclarar que decimos “textos sistemáticamente consolidados”, aludiendo a las obras de Kant publicadas bajo su firma y como expresión acabada de su pensamiento. En este orden de ideas, “Las lecciones sobre filosofía moral” no revisten tal calidad.

<sup>(8)</sup> Zaffaroni, Eugenio R., ob. cit., T° I, p. 83, quién trata acerca del “sistema talional” en el T° II, ps. 143 y ss.

<sup>(9)</sup> Bacigalupo, E., ob. cit., p. 82.

<sup>(10)</sup> Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1989, p. 254.

quita su neto carácter retributivo) <sup>(11)</sup>, creemos que pueden ser complementadas (sino precisadas) atendiendo a otros aspectos del sistema kantiano, que entendemos que integran a esta temática. Desde esta óptica, nos parece atinado aludir al “imperativo categórico” en cuanto tal (el de la moralidad) <sup>(12)</sup> y a otras formulaciones de esa locución (considerar a la ley penal como un imperativo categórico <sup>[13]</sup> -por contener un mandato, es de entender- <sup>[14]</sup>, lo diremos aquí, la torna impoluta e intangible, y en lo concreto, en cuanto a las penas que contemple, de aplicación inexcusable) <sup>(15)</sup>, así como también analizar al “imperativo práctico”, atendiendo al concepto kantiano de “dignidad” de la persona humana. Todo esto, con referencia al ámbito penal.

## II. El “imperativo categórico”, el Derecho y su “principio universal”.-

Sin entrar en mayores detalles con respecto a la formulación del “imperativo categórico” -muy bien explicados por muchos autores- <sup>(16)</sup>, es de señalar que Kant así denomina a la ley moral, siendo que la “forma” de la moralidad consiste en la

---

<sup>(11)</sup> Ver lo opinado por Cordini, Nicolás S.: *La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?*, en “Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso”, N° XLIII, Chile, 2014, ps. 671 y ss. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n43/a19.pdf>. (Último acceso: 11/07/2019), y su ob. cit. en la nota (6).

<sup>(12)</sup> Kant, M.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe Argentina S.A., Colección Austral, Bs. As., 1946, ps. 59/61 y 64: “La representación de un principio objetivo, en tanto que es constructivo para una voluntad, llámase mandato (de la razón), y la fórmula del mandato llámase *imperativo* (...); todos los imperativos mandan, ya hipotética, ya categóricamente. Aquellos representan la necesidad práctica de una acción posible, como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera). El imperativo categórico sería el que representa una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria (...), si la acción es representada como buena en sí, esto es, como necesaria en una voluntad conforme en sí con la razón, como un principio de tal voluntad, entonces es el imperativo categórico”. “No se refiere a la materia de la acción y a lo que de ésta ha de suceder, sino a la forma y al principio de donde ella sucede, y lo esencialmente bueno de la acción consiste en el ánimo que a ella se lleva, sea el éxito o el que fuere. Este imperativo puede llamarse el de la moralidad”.

<sup>(13)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 195 (“la ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que se puede sacar, descargase al culpable en todo o en parte de las penas que merece.”). En Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., ps. 166/167, obra una traducción similar.

<sup>(14)</sup> Para Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 37; *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 34, una ley (toda ley práctico-moral) “es una proposición que contiene un imperativo categórico” (un mandato, una orden).

<sup>(15)</sup> Señala Cordini, N. S., *La finalidad de la pena...*, cit., ps. 692/693 y 699, que “cuando Kant alude al imperativo categórico lo hace en referencia a la ley penal y no a la pena. Las exigencias de dicho deber categórico alcanza tanto al legislador como al encargado de aplicar el derecho, el juez o tribunal, obligándolos a respetar principios fundamentales tales como el de legalidad, lesividad, culpabilidad, etc.”, y que “cuando Kant afirma que la ley penal es un imperativo categórico no se está refiriendo al castigo sino a la norma de sanción”. “Dicho mandato va dirigido tanto al legislador, quien debe respetar los principios penales al momento de la criminalización primaria, como así también al juez o tribunal, obligándolo a aplicar la norma ante su infracción”, de tal modo que “la ley da una orden incondicional al juez de castigar al autor penal”. Es correcto. Pero además, siendo que tal orden de castigar es incondicional, y el castigo no puede ser otro que el establecido en concreto por la norma que lo establezca, esto es, la pena que contemple, de este modo, la pena del caso (toda pena) también es, a su modo (o por derivación), categóricamente imperativa. Por lo cual esa calidad de imperativo categórico de la ley penal se proyecta a las penas concretas que aquella instituya.

<sup>(16)</sup> P. ej., ver Copleston, F., ob. cit., Vol. VI, ps. 91 y ss., y entre los (auténticos) neokantianos, ver Del Vecchio, G., ob. cit., ps. 90 y ss.

“universalidad”, tal como se expresa en el anterior, el cual, a modo de obligación incondicional, dice: “obra según una máxima, que pueda valer a la vez como ley universal” (17). Esto significa -al decir de Del Vecchio- “que nuestra acción no debe ser motivada por impulsos particulares; que no debe haber contradicción entre nuestra acción individual y lo que debe ser norma para todos”. Tratándose de un enunciado puramente formal, que “no da preceptos de Ética material, no dice lo que se debe hacer, sino cómo y con qué intención se debe obrar” (18).

O sea que este postulado de universalidad no es otra cosa que una fórmula vacía de contenido real, que en sí misma no responde la pregunta por qué ciertas acciones son (o serían) buenas o malas, ya que no analiza al objeto del acto ni brinda alguna razón clara y

---

(17) Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., ps. 31/32 y 241. Según otra traducción, Kant, M., *Fundamentación...*, cit., p. 71: “obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal”. Y en *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 36: “Obra según una máxima que pueda tener valor como ley general”. Kant, Immanuel: *Crítica de la razón práctica*, 2003, Editorial La Página S.A. (Editorial Losada S.A. Bs. As.), p. 28: “Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal”. [http://www.manuellosses.cl/VU/kant%20Immanuel\\_Critica%20de%20la%20razon%20practica.pdf](http://www.manuellosses.cl/VU/kant%20Immanuel_Critica%20de%20la%20razon%20practica.pdf) (Último acceso: 11/07/2019).

(18) Del Vecchio, G., ob. cit., p. 96. La traducción aquí dada del párrafo de Kant en cuestión es la siguiente: “Obra de tal manera que la máxima de tu acción pueda valer como principio de una legislación universal”. A su respecto, opina este autor que si bien Kant “no afirmó nada verdaderamente nuevo con su teoría”, su originalidad “estriba en el modo de concebir el valor de aquél imperativo categórico: «Dos cosas -dice- me llenan siempre de nuevo el alma de admiración y estupor: el cielo estrellado sobre mí y la ley moral dentro de mí». Esta ley, el deber, es la mayor certeza que poseemos; podemos dudar de todo, menos de esto”. Partiendo Kant “del imperativo categórico como de la primera certeza. La libertad no precede al deber, sino que es una consecuencia de él”, y en el orden práctico, se trata de una “exigencia de nuestra conciencia moral”. La cita pertenece a Kant, I., *Crítica de la razón práctica*, cit., p. 138. La referencia al cielo estrellado, es poética; pero la presencia de esa ley moral interior, en definitiva, advertida y/o reconocida por la conciencia moral, más que puramente racional, es de clara raíz religiosa (p. ej., 2 *Corintios*, 1:12 “Porque nuestra satisfacción es ésta: el testimonio de nuestra conciencia que en la santidad y en la sinceridad que viene de Dios, no en sabiduría carnal sino en la gracia de Dios, nos hemos conducido en el mundo y especialmente hacia vosotros”; *Proverbios*, 20:27 “Dios nos ha dado la conciencia para que podamos examinarnos a nosotros mismos”; *Romanos*, 2:14-15 “Aun quienes no han aceptado a Jesús como su Salvador tienen conciencia del bien y del mal. Es algo que el Señor ha dado a todas las personas. Cuando los que no son judíos ni tienen la Ley hacen por naturaleza lo que la Ley manda, ellos mismos son su propia ley, pues muestran por su conducta que llevan la Ley escrita en el corazón. Su propia conciencia lo comprueba, y sus propios pensamientos los acusarán o los defenderán”, etc.), a cuyo respecto vale recordar que, para Lutero, las leyes de Dios “son la presencia en nuestros corazones del Espíritu Santo, por el que se infunde el amor (...), que no deriva de la ley, sino que es el espontáneo cumplimiento de la misma” (Fassò, G., ob. cit., Tº 2, p. 39). Luego, esta “originalidad” de Kant carece de impronta filosófica propia, también aquí, dado su nítido cuño bíblico. Y además, no brinda certeza alguna. Por otra parte, en el largo análisis efectuado por Kant, Immanuel: *La religión dentro de los límites de la mera razón*, Alianza Editorial, Madrid, 1981, ps. 41/49, acerca de la maldad del ser humano (en el cual, al tratar acerca de la inversión del orden moral y el mal radical, alude a la “perversidad del corazón”), algunos párrafos suyos (p. ej., p. 48, al tratar acerca de una deshonestidad que “impide el establecimiento de una genuina intención moral en nosotros, [que] se amplía al exterior en falsedad y engaño de otros; lo cual, si no debe ser llamado maldad, merece al menos llamarse indignidad, y reside en el mal de la naturaleza humana, el cual [en tanto que perturba el Juicio moral respecto a aquello por lo que se debe tener a un hombre y hace del todo incierta interior y exteriormente la imputación] constituye la mancha pútrida de nuestra especie, mancha que, en tanto no la apartamos, impide que el germen del bien se desarrolle, como sin duda haría en otro caso.”), parecen contradecir a esa maravillosa “ley moral” interior.

objetiva que pruebe por qué el acto de que se trate debe ser universalmente mandado o prohibido (esto, más allá de los *actos facultativos*, a los cuales Kant llama “permitidos”) <sup>(19)</sup>.

Y aquí ya empiezan las dificultades, por cierto serias, dado que, entre otras observaciones, advirtiendo que “resulta imposible prescindir de toda referencia a la realidad a la hora de establecer lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto”, se ha dicho que todo razonamiento ético que pretenda concluir en preceptos concretos, debe incluir necesariamente afirmaciones acerca de realidades. Y esto es así porque si bien se ha pretendido especificar la moralidad a través de la universalidad de sus preceptos, es claro que este recurso meramente formal sólo funciona en el ámbito de una moralidad dada -en el caso de Kant, como iremos viendo, de la moralidad pietista- que provee los contenidos a los que se aplica el test de la universalidad. “Sin esos contenidos, que suponen una concepción de la naturaleza humana que los condiciona, la mera universalización de los preceptos no puede conducir a la construcción de ningún sistema moral, ya que, en principio, cualquier proposición prescriptiva es universalizable. En última instancia, los autores que se toman la moralidad «en serio» (...) acaban asumiendo algunas notas de la condición óptica del hombre como complemento necesario del principio de universalización (...); todo razonamiento ético que pretenda concluir en preceptos concretos, debe incluir necesariamente afirmaciones acerca de realidades; y en ciertos casos, como en el de los «derechos humanos», afirmaciones acerca de las notas constitutivas de la hominidad” <sup>(20)</sup>.

No resulta difícil corroborar lo antedicho, por un lado, pues el propio Kant (cuyos padres lo instruyeron en los principios del pietismo, “con una educación religiosa profunda y estricta, que seguirá presente en su pensamiento a pesar de que en los años de madurez filosófica se defina como un escéptico de la religión organizada”) <sup>(21)</sup>, a su “racional” modo,

---

<sup>(19)</sup> Recordemos que las normas legales son preceptos generales que indican posibles soluciones jurídicas (cfr. Villey, Michel: *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Ghersi, Bs. As., 1978, ps. 146 y ss.), y que, como tales, sólo le proporcionan al juez el más importante *programa de decisión* -no el único-, pautando y regulando -en su caso- el proceder de los actores a los fines del logro de la mejor solución jurídica posible (la determinación prudencial de lo justo del caso concreto), pero sin resolver por sí mismas ningún caso ni “determinar” la resolución (decisión) judicial (cfr. Lautmann, Rüdiger: *Sociología y jurisprudencia*, Sur, Bs. As., 1974, ps. 71/72). Desde la óptica de un iuspositivismo lógico serio, Vilanova, José: “Las normas como programación”, *La Ley*, 1981-D-1254, considera que las normas (en general) programan conductas, asignándoles caracteres deónticos: actos prohibidos, obligatorios o facultativos (expresión esta última que nos parece más correcta que alguna otra de estilo, tal como “actos permitidos”), parecer que, en cuanto a las normas jurídicas, reputamos admisible sólo en cuanto se entienda que tales “conductas” son exclusivamente un elemento contemplado en dichas normas dentro de su contexto propio de programas de decisión descriptivos de lo justo en lo atinente a su logro.

<sup>(20)</sup> Massini Correas, Carlos I.: *La falacia de la falacia naturalista*, Idearium, Mendoza, 1995, ps. 40/42.

<sup>(21)</sup> Navarro Úbeda, Guillermo: *La influencia del protestantismo en Kant* (2015) [www.unav.es/users/TFGGuillermoNavarro.pdf](http://www.unav.es/users/TFGGuillermoNavarro.pdf) (Para el último aserto de este autor, es obligada la referencia a Kant, I., *La religión...* [data de 1793], cit.). En cuanto al pietismo, cfr., entre muchos otros, Lema-Hincapié, Andrés: *La interpretación moral en la exégesis bíblica de Kant* (2000) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/190432.pdf> & Sánchez Gauto, Eduardo: *El pietismo en el pensamiento de Immanuel Kant* (2006) <https://www.abc.com.py/edicion-impresas/suplementos/cultural/el-pietismo-en-el-pensamiento-de-immanuel-kant-912936.html> (Último acceso a estos tres sitios: 10/07/2019). Por su parte, Aranguren, José L. L.: *Ética*, Altaya, Barcelona, 1998, p. 36, señala que “la ética kantiana es de un individualismo radical, individualismo que procede inmediatamente de la Ilustración, pero que trae su origen en la adscripción de Kant a un luteranismo no por secularizado menos real en el plano de los estilos del pensar. La

lo ha efectuado. Muy especialmente, por el otro lado y en cuanto a los “contenidos”, en algunos de sus “cosificantes” asertos, contestes con la mentalidad de su época y con el pietismo, referentes al Derecho de Familia y al infanticidio de “bastardos”.

Pero, previo a recordarlos, dada su obvia vinculación y puesto que a ellos atenderemos en los análisis a efectuar en lo que sigue, corresponde aludir a algo más general: el concepto del Derecho dado por Kant y el principio universal del anterior.

Según Kant, “el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”<sup>(22)</sup>. En tanto que, como “una acción es conforme a derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal”<sup>(23)</sup>, el principio universal del Derecho que Kant indica, es este: “obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal”<sup>(24)</sup>.

Pues bien, a más de que esta concepción mecánica del Derecho (que Kant tomó de Cristián Tomasio)<sup>(25)</sup> “resulta insostenible, porque el Derecho no prescinde totalmente de los motivos”<sup>(26)</sup> (en materia penal, esto es obvio)<sup>(27)</sup> y del oscuro significado de esa “ley

moral de la buena voluntad no se ocupa de las realizaciones exteriores, objetivas (las únicas que importan a los demás). El imperativo categórico impone *mi* deber y la metafísica de las costumbres del deber de la *propia* perfección, pues nunca puede ser un deber *para mí* cuidar de la perfección de los otros”.

<sup>(22)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 39. La traducción de este párrafo obrante en Del Vecchio, G., ob. cit., p. 99, es idéntica.

<sup>(23)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 39. Y en Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 42/43, dice así: “Es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales”.

<sup>(24)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 40. En Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 43, se dice así: “Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal”. Enseña Graneris, G., ob. cit., p. 152, que “el sentido de ambas fórmulas requiere al menos de tres aclaraciones; primero, el derecho se preocupa solamente de hacer posible la coexistencia de varios sujetos actuantes, o sea, sólo e propone garantizar la coexistencia de sus acciones externas, quitando los mutuos obstáculos; segundo, el derecho no se preocupa del motivo por el cual el hombre actúa; tercero, el derecho tampoco se preocupa de la correspondencia de un acto con el deseo de los demás; él coloca frente a frente las acciones de diversos sujetos, y las considera como hechos que no deben obstaculizar, y nada más”. Cfr. Fassò, G., ob. cit., T° 2, ps. 271/273.

<sup>(25)</sup> Del Vecchio, G., ob. cit., ps. 73/75 y 98/99. Cfr. Fassò, G., ob. cit., T° 2, ps. 171/172, 268 y 271.

<sup>(26)</sup> Del Vecchio, G., ob. cit., ps. 98/99, quién observa que si Kant “hubiese sido jurista, se habría dado cuenta de la importancia y del alcance del *animus* en todas las ramas del Derecho, y se hubiese abstenido de fundar la distinción entre Moral y Derecho sobre aquellas premisas. Si bien el Derecho observa una cierta laxitud en cuanto a las motivaciones, esto no significa que deje de considerar en absoluto el elemento psíquico. No sería posible una valoración jurídica de acto alguno sin desembocar en cierto modo en los motivos”.

<sup>(27)</sup> Es sabido que “dentro” de las premisas del derecho penal de/del acto o “del hecho” (como lo llama Roxin C., ob. cit., T. I, ps. 176/177), también corresponde estimar a la *subjetividad* del condenado, p. ej., tal como resulta del Cód. Penal argentino, en particular y más allá de algunas causales de justificación (art. 34, inc.1°), de sus arts. 26 (en cuanto atiende a “*la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir*”) y, a los fines de la fijación judicial del monto de la condena en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad (art. 40), al establecer que, a tales efectos, se tendrá en cuenta “*la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la*

universal de libertad” que aparece en las definiciones kantianas <sup>(28)</sup>, así como antes señalamos que el “imperativo categórico” es una fórmula vacía que habilita a que toda proposición prescriptiva pueda ser universalizable, lo mismo vale para ese principio supremo del Derecho. Con su habitual ingenio, Alf Ross lo dijo así: “Esta fórmula kantiana expresa el hecho de que la exigencia de igualdad es idéntica a la exigencia de una regla general. Pero si no hay otra manera de saber cuál debe ser el contenido de la regla general, este criterio carece de significado. Es posible imaginar que cualquier acción queda justificada por una regla general u otra que valga para todos. Si, por ejemplo, A mata al amante de su mujer, esto puede ser justificado en base a una regla general que diga que está permitido el homicidio por celos. La libertad de A es así compatible con la libertad de los demás de acuerdo con la misma regla general. El hecho de que por otros fundamentos pensemos que esa regla no es recomendable, no afecta a la aplicación del principio de Kant. Si este principio ha de tener algún significado y contenido, la idea debe ser que la libertad está restringida en vistas de los *derechos* de los demás, y así, de nuevo, el pensamiento vuelve a moverse en forma circular” <sup>(29)</sup>.

Puede pensarse que, más allá de la exactitud de dicha observación, el ejemplo dado por Ross es exagerado. Legislaciones históricas que eximían de pena al marido que matase a su mujer adúltera -como el Fuero Real de Alfonso X, de 1255- <sup>(30)</sup> y actuales -como la del Sultanato de Brunéi, cuyo Cód. Penal incluye a la pena de muerte por lapidación por delitos

---

participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y *los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales*, la calidad de las personas y *las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad*” (art. 41, inc. 2º) (Lo destacado es nuestro). Por lo cual esas ideas kantianas no tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

<sup>(28)</sup> Explica Graneris, G., ob. cit., ps. 152/153, que algunos ven en ella “una expresa exigencia ética superior, y así estarían reafirmados los profundos lazos que unen el derecho con la moral. Otros, al contrario, no ven otra cosa que una exigencia mecánica, simple postulado para el equilibrio de los arbitrios individuales. En esta segunda hipótesis el derecho se emancipa de la moral y llega a ser un puro juego de mecánica social (...). Quien, a cualquier costo, quiera ver un cierto valor ético en la doctrina jurídica de Kant, debe prolongar el camino y decir que el derecho es necesario para la convivencia; la convivencia es necesaria para la plenitud de la vida ética; por ello, también el derecho tiene un cierto valor ético en cuanto él es condición requerida para la actuación del mundo moral”. Por lo demás, apoyarse en un “libertad” abstracta implica desconocer los condicionamientos socioculturales e históricos (de toda época), que un buen “peso” siempre tuvieron y tienen.

<sup>(29)</sup> Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Bs. As., 1977, p. 269. Vale acotar que ese mismo razonamiento circular caracteriza a toda opinión según la cual el límite del ejercicio de los derechos de cada persona estaría dado por los derechos de los otros (la errónea frase de que “el derecho de cada uno termina donde comienzan los derechos de los demás” y similares), dado que esas falacias hacen abstracción de toda consideración referente a parámetros y límites objetivos, aludiendo más bien a una suerte de posibilidad de pegarse “derechazos” recíprocos indefinidamente. Algo más preciso es, p. ej., el art. 29, 2., de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades” (entendidas como derechos “subjetivos”), “toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley” (al parecer, en cuanto derecho “objetivo”), “con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás” (o sea, evitar la confrontación arbitraria de “derechos subjetivos”), “y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general” (límites reales, que han de primar) “de una sociedad democrática” (limitación a un tipo particular de orden político).

<sup>(30)</sup> *Fuero Real de Alfonso X el Sabio* (Edición: Antonio Pérez Martínez, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015), Libro Cuarto, Título VII, Ley I, p. 131.  
[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2018-7&tipo=L&modo=2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2018-7&tipo=L&modo=2) (Último acceso: 10/07/2019). Enlace de descarga: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1951-30051800545](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1951-30051800545)

de homosexualidad y adulterio-<sup>(31)</sup>, que de algún modo permitirían justificar a ese homicidio celotípico-pasional (“uxoricidio por honor”, se lo había denominado)<sup>(32)</sup>, parecen darle la razón. Y otras normas, derogadas hace algo más de una década (como el arts. 130 del anterior Cód. Penal de la República de Nicaragua)<sup>(33)</sup>, también. Pero volvamos a los textos de Kant, ya que ellos convalidan con creces a lo anterior.

“El capítulo dedicado al derecho de familia en los sistemas de derecho natural -dice Alf Ross- siempre es entretenido, porque refleja con claridad los prejuicios morales de la época (...). La ridícula aridez del racionalismo se pone de manifiesto en la definición que del matrimonio da Kant”<sup>(34)</sup>, que pasamos a transcribir: “La comunidad sexual (*commercium sexuelle*) es el uso mutuo de los órganos y de las facultades sexuales de un individuo de sexo diferente (...). Ahora, el comercio sexual natural tiene lugar, según la naturaleza animal pura (*vaga libido, venus vulgivaga, fornicatio*), o según la ley. -Esta última especie de comercio es el casamiento (*matrimonium*); es decir la unión de dos personas de diferente sexo para la posesión mutua, durante toda su vida, de sus facultades sexuales (...), si un hombre y una mujer quieren gozar recíprocamente uno de otro, es necesariamente indispensable que se unan en matrimonio; así lo requiere la ley de derecho de la razón pura (...). De donde se sigue que la cesión y la aceptación de un sexo para uso de otro son, no solamente permitidas bajo condición de matrimonio, sino que no son posibles más que bajo esta única condición. Este derecho personal es también real; porque, si uno de los esposos se escapa, o se pone a disposición de una persona extraña, el otro tiene siempre el derecho incontestable de hacerle volver a su poder, como una cosa”<sup>(35)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> P. ej., ver [https://elpais.com/sociedad/2019/04/03/actualidad/1554284355\\_385703.html](https://elpais.com/sociedad/2019/04/03/actualidad/1554284355_385703.html) & <https://www.europapress.es/internacional/noticia-entra-vigor-brunei-ley-castiga-homosexualidad-adulterio-pena-muerte-20190403175109.html> & <https://www.jornada.com.mx/ultimas/2019/04/01/condena-onu-castigos-por-homosexualidad-y-adulterio-en-brunei-2068.html> & <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48175727> (06/05/2019). No sabemos si esa homofobia (y lesbifobia) podría llegar a ser avalada conforme a las siguientes ideas de Kant, Manuel: *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime* (seguida a su *Crítica del Juicio*, Biblioteca Virtual Universal, 2003 - <https://www.biblioteca.org.ar/libros/89687.pdf>): “Lo esencial es que el hombre como hombre, y la mujer como mujer, vengan a ser más perfectos, es decir, que la inclinación que tienen los dos sexos obre conforme al voto de la naturaleza, de manera que hagan más nobles todavía las cualidades de uno, y más bellas las cualidades del otro (...). A falta de semejantes principios, vemos hombres [que] para agradar, toman aires afeminados, y alguna vez también (aunque es menos frecuente), mujeres afectar un aire varonil para inspirar la estima: pero se hace siempre muy mal lo que se hace contra el orden de la naturaleza.” (Último acceso a todos estos sitios: 10/07/2019).

<sup>(32)</sup> P. ej. (con referencia al derecho español) ver Álvarez Álvarez, José L.: *El adulterio, ante la Ley* [https://elpais.com/diario/1976/11/24/opinion/217638010\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1976/11/24/opinion/217638010_850215.html) & Tapia Ballesteros, Patricia: *Posición de la mujer en el código penal español de 1822 e incorporación del “género” como circunstancia sospechosa de discriminación (Ley orgánica 1/2015 del 30 de marzo): ¿Se ha avanzado hacia la igualdad?* (2017) <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/mora/article/view/5195> (Último acceso a ambos sitios: 10/07/2019).

<sup>(33)</sup> Disponía lo siguiente: “Cualquiera de los cónyuges que, sorprendiendo en adulterio a su consorte, da muerte a éste o a su cómplice, o a los dos juntos, sufrirá la pena de 2 a 5 años de prisión. / Esta disposición se aplicará cuando los cónyuges hicieren vida pública marital ordenada”. El actual Cód. Penal nicaragüense (ley 641, de 2007, publicada en 2008) nada contempla acerca del adulterio.

<sup>(34)</sup> Ross, A., ob. cit., ps. 253/254.

<sup>(35)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 112/114. No es muy distinta la traducción dada a Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., ps. 97/99.

Por supuesto, ese tan racional matrimonio (un contrato entre un varón y una mujer para la posesión mutua vitalicia de sus potencias sexuales) tiene por finalidad “procrear y educar los hijos” <sup>(36)</sup> (sus “productos”) <sup>(37)</sup>, y ello a tal punto que cuando estos últimos se escapan de la “posesión” de sus padres, siempre según Kant, ellos “están autorizados para cogerlos, para encerrarlos y dominarlos, como cosas (animales que se hubieran escapado de la casa)” <sup>(38)</sup>. Y además, de acuerdo con esas pautas “conyugales” (según las cuales las relaciones sexuales sólo son lícitas dentro del matrimonio) y en cuanto a los “bastardos”, afirmar que, como “la legislación no puede borrar la mancha de una maternidad fuera del matrimonio”, “el niño nacido fuera de matrimonio es un niño fuera de la ley (porque aquí ley quiere decir matrimonio); por consiguiente es un niño nacido fuera de la protección de la ley. Se ha insinuado en la república como una mercancía prohibida, de suerte que la república puede muy bien ignorar su existencia, puesto que no hubiera debido razonablemente existir así. Su destrucción y la ignominia de la madre que lo ha concebido fuera del matrimonio parecería no poder ser objeto de ninguna ley” <sup>(39)</sup>.

Por lo tanto, por caso, que el ejercicio de la sexualidad sólo cabe dentro del matrimonio y que los nacidos bastardos no merecen protección jurídica alguna, serían moralmente máximas del obrar válidas como ley universal (por lo menos, la primera), y el asesinar impunemente a esos niños, sería un obrar externo conteste con coexistentes

---

<sup>(36)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 113. Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 98: “El fin de engendrar hijos y educarlos siempre puede ser un fin de la naturaleza, con vistas al cual inculca ésta la inclinación recíproca de los sexos; pero para la legitimidad de la unión no se exige que el hombre que se casa tenga que proponerse este fin; porque, en caso contrario, cuando la procreación termina, el matrimonio se disolvería simultáneamente por sí mismo”.

<sup>(37)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 117. En Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 101, se dice “su fruto”, explicando aquí Kant que “el fin de la naturaleza en la cohabitación de los sexos es la procreación, es decir, la conservación de la especie; por tanto, como mínimo, no se debe obrar contra este fin”, y preguntándose y respondiendo si “¿está permitido arrogarse aquel uso, sin prestar atención a este fin (aunque sea en el matrimonio)? Por ejemplo, hacer uso de las facultades sexuales durante el embarazo, o cuando la esposa es estéril (por edad o por enfermedad), o cuando no se siente estimulada a ello, ¿no es contrario al fin natural y por tanto, también al deber para consigo mismo, por parte de uno o de otro, igual que en el caso de la voluptuosidad contranatural? ¿O hay aquí una ley permisiva de la razón práctico-moral que, cuando colisionan sus fundamentos de determinación, convierte en permitido algo en sí no permitido, sin duda para prevenir una transgresión aún mayor (por así decirlo, por indulgencia)? - ¿Desde dónde puede considerarse purismo la restricción de una obligación amplia (una pedertería con respecto a la observancia del deber, que afecta a su amplitud) y puede dejarse un espacio para las inclinaciones animales, con peligro de que se abandone la ley racional?” (ps. 286/287). La correspondencia de estas opiniones con la dogmática pietista (y su “contenido” bíblico), una vez más, es evidente.

<sup>(38)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 119/120. Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., ps. 103/104: “dado que los hijos nunca pueden considerarse como propiedad de los padres, pero forman parte, -sin embargo- de lo mío y lo tuyo de éstos (porque están en la posesión de los padres como las cosas, y pueden ser devueltos a ella desde cualquier otra posesión, aun contra su voluntad), el derecho de los primeros no es un mero derecho real (...), pero tampoco es un mero derecho personal, sino un derecho personal de carácter real (...). Aquí salta, pues, a la vista que el título de un derecho personal de carácter real (...) en la doctrina del derecho, ha de añadirse necesariamente al del derecho real (...) y personal; por tanto, la división hecha hasta ahora no ha sido completa, porque, cuando se habla del derecho de los padres sobre los hijos como parte de su casa, aquellos no sólo pueden invocar el deber de los hijos de regresar cuando se han escapado, sino que están legitimados a apoderarse de ellos como de cosas (animales domésticos extraviados) y a encerrarlos”.

<sup>(39)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 202/203; sino en *La metafísica de las costumbres*, cit., ps. 172/173.

libertades, también según alguna “ley universal”. La cual, por cierto, no abarca a tales niños, puesto que no se trata de “productos” matrimoniales. Con lo cual, de paso, si no se los mata, se los excluye, también “universalmente”, de todo reclamo de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, y con ello y entre otros, de derechos sucesorios, no alterando así la armonía moral (y el patrimonio) de la “sociedad doméstica” (familiar) de que se trate.

Asertos kantianos todos estos, puede decirse, categóricamente derivados del absolutismo resultante de la esclerosis propia de la “razón pura”<sup>(40)</sup>, que en términos de “imperativos” y en cuanto a los últimos mencionados, de suyo fieles a los contenidos dados por la mentalidad social y religiosa de su época<sup>(41)</sup>, lo único que tienen de “categóricos” es que esos niños no serían aquí “un fin en sí mismo”. Lo cual no es de extrañar, pues Kant jamás dijo que los seres humanos así exclusivamente lo fueran.

Previo a referirnos a esto último, para concluir con lo anterior (lo cual llevará algunos párrafos), es de recordar que, como postulados de la razón práctica pura, es decir, como corolario del imperativo categórico, Kant “llega a admitir la existencia de Dios y la inmortalidad del alma; porque la razón exige necesariamente (...), el premio o la pena correspondiente a las acciones; y sin Dios y sin una vida ultraterrena no podrían darse tales penas y tales recompensas. Pero el fundamento del sistema continúa siendo siempre el imperativo categórico”<sup>(42)</sup>. O sea que, para Kant, es la moral la que funda la creencia en Dios<sup>(43)</sup>, puesto que lo considera racionalmente necesario para el obrar moral<sup>(44)</sup>. Perfilando así al

---

<sup>(40)</sup> P. ej., Aranguren, J. L. L., ob. cit., p. 206, señala que “el absolutismo de la conciencia y el deber es en Kant tan extremado que desatiende por completo la objetividad, las circunstancias y hasta las consecuencias malas, inmediatamente previsibles, del inflexible cumplimiento del deber abstracto, como se puso de manifiesto en su discusión con Benjamín Constant sobre la mentira, ilícita, según él, aun para salvar la vida de un inocente”.

<sup>(41)</sup> Reparemos en este párrafo de Kant, I., *La religión...*, cit., p. 113: “aunque una Escritura haya sido aceptada como revelación divina, el criterio supremo de ella en cuanto tal será: «Toda Escritura inspirada por Dios es útil para la enseñanza, para el castigo, para el mejoramiento», etc., y, puesto que lo último, el mejoramiento del hombre, constituye el fin auténtico de toda Religión racional, ésta contendrá también el principio supremo de toda interpretación de la Escritura”. Si se admite que aquí “Kant pone en relación su hermenéutica moral y una religión de la razón, elevando así al rango de máximo principio interpretativo para las Escrituras la determinación de un sentido que colabore con nuestro perfeccionamiento moral” (Lema-Hincapié, A., ob. cit., p. 81), si las “escrituras” de que se trate, p. ej., dicen que es voluntad divina que los siervos “se abstengan de la fornicación” (*1 Tesalonicenses*, 4:3) y que ningún bastardo entrará en la asamblea del Señor (*Deuteronomio*, 23:2), todo esto es más que conteste con los asertos kantianos de mención.

<sup>(42)</sup> Del Vecchio, G., ob. cit., p. 97. Amplíese consultando a García Navarro, Sebastián: *En torno al problema de Dios en Kant* (1964) <https://www.raco.cat/index.php/Convivium/article/download/76256/99064> (Último acceso: 10/07/2019). Ver Copleston, F., ob. cit., Vol. VI, ps. 110 y ss.

<sup>(43)</sup> Entonces así, dado que la razón exige necesariamente el premio o la pena correspondiente a las acciones, admite así Kant la existencia de Dios no *para* la moralidad, sino *por* la moralidad, “fundando” por tanto la creencia en Dios, y aún la religión, en la “moral” (mejor dicho, en lo que él entendía por tal). Cfr. Aranguren, J. L. L., ob. cit., ps. 111/112 y 182.

<sup>(44)</sup> Kant, M., *Fundamentación...*, cit., p. 53: “Mas, ¿de dónde tomamos el concepto de Dios como bien supremo? Exclusivamente de la idea que la razón *a priori* bosqueja de la perfección moral y enlaza inseparablemente con el concepto de una voluntad libre”. Ver Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., ps. 356 y ss.

“supremo legislador moral”<sup>(45)</sup> como un juez trascendental y/o supremo, administrador de penas y recompensas, tal vez no recibidas en el mundo terrenal.

Siendo así, con entera independencia de la “racionalidad” que pretende revestir dicha especulación y de las “consecuencias” morales que se seguirían de tal fantasía<sup>(46)</sup>, creemos que se puede entender mejor la vehemencia con la cual Kant caracterizó al “delincuente” (un individuo moralmente culpable, por no acatar, sino violentar, al “imperativo categórico” y/o a sus derivaciones concretas), así como también a la estricta aplicación de la ley del talión en la determinación de las penas<sup>(47)</sup>. A las cuales Kant graduó “según la calidad del autor, a efectos de que sienta la misma cantidad de dolor”<sup>(48)</sup>, y que, en ciertos casos, como ser algunos delitos que llama contranaturales “porque se cometen contra la humanidad misma”, como la violación y la pederastia, propuso que se castigasen con la castración, por cuanto postular aquí penas arbitrarias “es literalmente contrario a la noción de una justicia penal”<sup>(49)</sup>.

Vehemencia la indicada que se plasma categóricamente cuando Kant planteó que si una sociedad civil llegase a disolverse por el consentimiento de todos sus miembros (p. ej., dice, si “un pueblo que habitase una isla se decidiese a abandonarla y a dispersarse” por todo el mundo), antes tendría que ser ejecutado el último asesino que se hallase en prisión, “a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase el imponer este castigo; porque entonces podría ser considerado como cómplice de esta violación pública de la justicia”<sup>(50)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 333.

<sup>(46)</sup> Valen para Kant (y demás pensadores que gustan idear demiurgos pretendidamente “filosóficos”) las siguientes apreciaciones de Freud, Sigmund: “El porvenir de una ilusión” (1927), en sus *Obras Completas*, Vol. XXI, Amorrortu, Bs. As., 1992, p. 32: “Sería impío llenar con el propio capricho las lagunas del saber y declarar más o menos aceptable, siguiendo una apreciación personal, este o este otro fragmento del sistema religioso. Es que estas cuestiones son demasiado sustantivas para ello (...). En realidad, no son más que empeños de crear, frente a sí mismo o a otros, el espejismo de que uno sustenta aún la religión, cuando en verdad hace mucho la ha abandonado (...). Hay filósofos que extienden el significado de ciertas palabras hasta que apenas conservan algo de su sentido originario; llaman «Dios» a cualquier nebulosa abstracción que ellos mismos se forjaron, y entonces se presentan ante el mundo como deístas, creyentes en Dios, y pueden gloriarse de haber discernido un concepto superior, más puro, de El, aunque su Dios sea apenas una sombra sin sustancia y haya dejado de ser la poderosa personalidad de la doctrina religiosa”.

<sup>(47)</sup> Para un buen resumen crítico de estas ideas, ver Durán Migliardi, Mario: *Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho Penal actual* (2011) [https://www.researchgate.net/publication/262500918\\_TEORIAS\\_ABSOLUTAS\\_DE\\_LA\\_PENA\\_ORIGEN\\_Y\\_FUNDAMENTOS\\_CONCEPTOS\\_Y\\_CRITICAS\\_FUNDAMENTALES\\_A\\_LA\\_TEORIA\\_DE\\_LA\\_RETRIBUCION\\_MORAL\\_DE\\_IMMANUEL\\_KANT\\_A\\_PROPOSITO\\_DEL\\_NEO-RETRIBUCIONISMO\\_Y\\_DEL\\_NEO-PROPORCIONALISMO](https://www.researchgate.net/publication/262500918_TEORIAS_ABSOLUTAS_DE_LA_PENA_ORIGEN_Y_FUNDAMENTOS_CONCEPTOS_Y_CRITICAS_FUNDAMENTALES_A_LA_TEORIA_DE_LA_RETRIBUCION_MORAL_DE_IMMANUEL_KANT_A_PROPOSITO_DEL_NEO-RETRIBUCIONISMO_Y_DEL_NEO-PROPORCIONALISMO) (Último acceso: 14/07/2019).

<sup>(48)</sup> Zaffaroni, E. R., ob. cit., Tº II, ps. 146/147.

<sup>(49)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 256; *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 207. En cambio, para el delito de bestialismo (era una época en que se desconocía, en cuanto enfermedad psicológica, a la zoofilia), se debía expulsar al “delincuente” de la sociedad civil, por ser indigno de formar parte da ella. Siendo de destacar que, si bien, según Kant, M., *Fundamentación...*, cit., p. 84, no es posible “disponer del hombre, en mi persona, para mutilarle, estropearle, matarle”, si se puede disponer punitivamente del hombre en “su” persona (un otro) para mutilarlo vía castración (“tal como la de un eunuco blanco o negro en un serrallo”), para “arruinarlo” (trabajos forzados) o para ejecutarlo.

<sup>(50)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 198; *La metafísica de las costumbres*, cit., ps.168/169.

Entonces así, de este planteo kantiano, dirimido con el aserto de que hay que mantener el castigo pendiente de los delincuentes (que es hartamente conteste con el “imperativo categórico” de la justicia penal: “la muerte injusta de otro debe ser castigada por [con] la muerte”) <sup>(51)</sup>, y por supuesto, llevarlo a cabo (cumplir con esa “deuda de sangre”) <sup>(52)</sup>, por un lado, al decir de Mir Puig, “se advierte aquí claramente una consecuencia fundamental de la concepción retributiva: según ésta, la pena ha de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad” (que en el isleño ejemplo de Kant, dejaría de existir) <sup>(53)</sup>. Y por el otro y con ello, ya no resultaría discutible que Kant haya sido un acérrimo vicario de las “teorías absolutas” de las penas.

Todo esto, más allá de la notoria insuficiencia de su “ética del deber”, a la cual Kant supo “acomodar” materialmente (contenidos) cuando tuvo que desarrollarla prácticamente, tal como lo destacó Aranguren al decir que “Kant, cuando llega el momento de desarrollar prácticamente su ética, reconoce también, desde el punto de vista empírico, la necesidad de una «doctrina de la virtud» (...), cuyos fundamentos expone en la segunda parte de la *Metafísica de las costumbres*. La ética crítica es puramente formal. La ética empírica tiene que ocuparse del «contenido», porque el hombre no ha llegado todavía a ser puro *Vernunftwesen* [ser racional], necesita una guía para *lo que* ha de hacer. La virtud es la fuerza moral de la voluntad de un hombre en la prosecución de su deber. La virtud no es en principio sino una y la misma. Pero en relación con el fin de las acciones debidas, es decir, en relación con su «materia», puede haber muchas virtudes, de las cuales Kant estudia las que considera más importantes. Es, pues, evidente, en el mismo Kant, la insuficiencia de la «ética del deber» (...) Añádase a esto que (...), el deber no agota, ni mucho menos, la moralidad. El ámbito de la moralidad es mucho más amplio que el de lo simplemente debido”, de tal modo que la “ética del deber” conduce inexorablemente a la ética de los valores <sup>(54)</sup>.

En otros términos, tanto Kant (mediante una sofisticada argumentación, conteste con sus axiomas) como sus seguidores, van así más allá de la forma vacía del imperativo categórico, emprendiendo la tarea de analizar la naturaleza del acto (p. ej., al tratar acerca del alcoholismo y la glotonería, formas de “intemperancia animal en el disfrute de la comida”) <sup>(55)</sup>, tratando de dar una explicación de por qué tal acción sería valiosa y debería ser impuesta a todo el mundo. Todo esto, más allá de que muchos de los “contenidos” éticos dados por Kant, fieles a su ideario dogmático-religioso, por decirlo así, están actualmente “desusados”. Por caso, un kantiano ortodoxo tendría que rechazar toda posibilidad de dación en vida de órganos para trasplantes, “ya que ello alteraría la identidad personal; todo donante cometería

---

<sup>(51)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 204. Cfr. Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p.173.

<sup>(52)</sup> Goldschmidt, W., ob. cit., p. 578.

<sup>(53)</sup> Mir Puig, S., ob. cit., p. 78.

<sup>(54)</sup> Aranguren, J. L. L., ob. cit., ps. 234/235.

<sup>(55)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., ps. 286/290.

una especie de suicidio parcial y se convertiría en una mera cosa al pensar que tiene derechos de propiedad sobre partes de su cuerpo” (<sup>56</sup>).

### III. La dignidad humana y la aplicación de las penas jurídicas.-

Afirmó Kant que “el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como fin”, y “los seres racionales llámanse personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio”. De allí que aseverase que el fundamento de un principio práctico supremo es “la naturaleza racional existe como fin en sí mismo” (<sup>57</sup>), y por tanto, que su “imperativo práctico” diga: “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” (<sup>58</sup>). “Pues todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás, *nunca como simple medio, sino al mismo tiempo como fin en sí mismo*. Más de aquí nace un enlace sistemático de los seres racionales por leyes objetivas comunes; esto es, un reino que, como esas leyes se proponen referir esos seres humanos a otros como fines y medios, puede llamarse muy bien un reino de los fines (...). Un ser racional pertenece al reino de los fines como miembro de él, cuando forma en él como legislador universal, pero también como sujeto a esas leyes. Pertenece al reino como jefe, cuando como legislador no está sometido a ninguna voluntad de otro” (<sup>59</sup>), resultando además que ese ser racional “no debe nunca ponerse por fundamento de las acciones como simple medio, sino como suprema condición limitativa en el uso de todos los medios, esto es, siempre al mismo tiempo como fin” (<sup>60</sup>).

Afirmando que “lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad”, y así, “aquello que constituye la condición para que algo

---

(<sup>56</sup>) Garzón Valdéz, Ernesto: “¿Qué puede ofrecerle la ética a la medicina?”, en Vázquez, Rodolfo (Compilador): *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, Ed. Instituto Tecnológico Autónomo de México - Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 50. Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., ps. 282/283: “Destruir al sujeto de la moralidad en su propia persona es tanto como extirpar del mundo la moralidad misma en su existencia, en la medida en que depende de él, moralidad que, sin embargo, es fin en sí misma; por consiguiente, disponer de sí mismo como un simple medio para cualquier fin supone desvirtuar la humanidad en su propia persona (...). Deshacerse de una parte integrante como órgano (mutilarse), por ejemplo, dar o vender un diente para implantarlo en la mandíbula de otro, o dejarse practicar la castración para poder vivir con mayor comodidad como cantante, etc., forman parte del suicidio parcial; pero dejarse quitar, amputándolo, un órgano necrosado o que amenaza necrosis y que por ello es dañino para la vida, o dejarse quitar lo que sin duda es una parte del cuerpo, pero no es un órgano, por ejemplo, el cabello, no puede considerarse como un delito contra la propia persona; aunque el último caso no está totalmente exento de culpa cuando pretende una ganancia exterior”.

(<sup>57</sup>) Kant, M., *Fundamentación...*, cit., ps. 82/83. Este fundamento sería “un principio objetivo, del cual, como fundamento práctico supremo, han de poder derivarse todas las leyes de la voluntad”.

(<sup>58</sup>) Kant, M., *Fundamentación...*, cit., p. 83.

(<sup>59</sup>) Kant, M., *Fundamentación...*, cit., p. 90.

(<sup>60</sup>) Kant, M., *Fundamentación...*, cit., ps. 96/97.

sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, dignidad”. “La moralidad es la condición bajo la cual un ser racional puede ser fin en sí mismo; porque sólo por ella es posible ser miembro legislador en el reino de los fines. Así, pues, la moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad” (61). Entonces así, todo ser humano (persona), en función de su autonomía (62) y en cuanto agente moral, posee dignidad, la cual, en estos términos, tiene un fundamento moral (y no ontológico). Y dada esta dignidad, así y sólo así entendida, toda persona es (sería) un fin en sí misma. Pero, atendiendo a la íntegra exposición kantiana, cabe inquirir si siempre es así, y si siempre toda persona debe ser tratada única y exclusivamente como “un fin en sí misma”.

En cuanto a lo primero, diremos que no. Y para comenzar, remitiéndonos a lo expuesto con respecto a los “bastardos”, por más “seres racionales” capaces de moralidad que fuesen, desde el momento en que se trata de niños nacidos “fuera de la protección de la ley” y que podrían ser tranquilamente “destruidos”, si esto efectivamente aconteciese para “borrar la mancha de una maternidad fuera del matrimonio”, no parece ser discutible que, mediante tal trato (homicidio), se considera al ser-humano-racional-agente moral (tal vez persona), pero bastardo, como un mero “medio” para que otro/a/s logren impunemente el loable “fin” de ocultar el oprobio de una maternidad extramatrimonial (una “práctica externa” ejercida con total “libertad”, no siendo sus autores susceptibles de “imputación” jurídica). ¿Y la dignidad de los bastardos? Kant ya lo dijo: se trata de una “mercancía prohibida”.

No es todo. “Ningún hombre puede carecer en el Estado de toda dignidad, porque tendría por lo menos la de ciudadano; excepto cuando la haya perdido por algún crimen y esté todavía en el número de los vivientes convertido en el puro instrumento de la voluntad de otro (sea del Estado, sea de un ciudadano). Ahora bien, aquel que se ha convertido en instrumento de un ciudadano (lo que no puede tener más que por juicio y por justicia) es esclavo en sentido estricto, y forma parte de la propiedad de otro, el cual no es solamente su señor (*herus*) sino también su propietario (*dominus*), que puede enajenarlo como una cosa y servirse de él como le plazca (con tal que no sea para fines vergonzosos), y que puede disponer de sus fuerzas, pero no de su vida y sus miembros” (63). Entonces así, según Kant, un ciudadano puede perder su dignidad de tal por ser judicialmente condenado por algún crimen (64), y pasar

---

(61) Kant, M., *Fundamentación...*, cit., ps. 91/92.

(62) Kant, M., *Fundamentación...*, cit., p. 94: “La autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”.

(63) Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 192/193. En Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., ps. 164: “No puede haber en el Estado ningún hombre que carezca de toda dignidad, ya que al menos tiene la de ciudadano; excepto si la ha perdido por su propio crimen, porque entonces se le mantiene en vida sin duda, pero convertido en simple instrumento del arbitrio de otro (sea del Estado, sea de otro ciudadano). Quién se encuentra en el último caso (lo que sólo puede ocurrir mediante juicio y derecho) es un esclavo (*servus in sensu stricto*) y pertenece a la propiedad (*dominium*) de otro que, por tanto, no es sólo su señor (...), sino también su propietario, y puede enajenarlo como si fuera una cosa, utilizarlo a su antojo (aunque no para fines vergonzosos) y disponer de sus fuerzas, pero no de su vida ni de los miembros de su cuerpo”.

(64) Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 194: La transgresión de la ley pública “hace al que la comete indigno del derecho de ciudadanía”. En Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 166, se dice así: “La transgresión de la ley pública que incapacita a quién la comete para ser ciudadano se llama crimen”. El que

a ser “instrumento” de otro, es decir, a ser tratado como “medio”, pero conservando alguna pizca de dignidad (como persona, es de entender), en cuanto no podría ser destinado “para fines vergonzosos” y/o ejecutado o mutilado “porque sí”. Y esto no es otra cosa que tratarlo conjuntamente como “medio” (explotarlo) y “fin” (preservarlo en algunos aspectos), aunque ese trato como “medio” le insumiera la salud, la integridad o la vida. Tal como acontecía con quienes eran condenados a determinados trabajos forzados -temporales o perpetuos- (p. ej., en las minas) <sup>(65)</sup>, pena que Kant recomendó para el delito de robo, considerando al condenado como un esclavo <sup>(66)</sup> (¿un recóndito utilitarismo punitivista kantiano?). Y si se recuerda que “en todo castigo hay algo humillante para la honra del acusado (con derecho), porque implica una coerción únicamente unilateral y, por tanto, la dignidad de ciudadano como tal queda en el suspendida, al menos en un caso especial, ya que se encuentra sometido a un deber externo, al que, por su parte, no puede oponer resistencia alguna” <sup>(67)</sup>, sea cómo fuera que la dignidad del reo quedase aquí “suspendida”, esta cuestión resulta aún más clara..

Ello así, fuera de que, en general, “los pretendidos axiomas racionales de Kant no han servido jamás para sacar gran cosa en materia de soluciones jurídicas” <sup>(68)</sup>, creemos que, en particular, tomar descontextuadamente algunas ideas o palabras suyas a determinados efectos importa, sin más, mutilar y traicionar su pensamiento. Porque de la sola lectura y comprensión completa de sus textos, arriba transcriptos, resulta a las claras que, para Kant, el hombre no “es” un “fin” puro (como, mal por cierto, gusta decirse) y que puede ser “usado” como “medio” y “fin” a la vez (“no sólo como un medio”; “nunca *solamente* [o meramente] como un medio”; “como fines y medios”) <sup>(69)</sup>.

---

se ventila ante la justicia criminal, según ambos textos, se llama “crimen público”. Éstos ponen en peligro a la comunidad.

<sup>(65)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 199. En Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 169, se menciona a los “trabajos forzados”, sin otra especificación.

<sup>(66)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 198: “como el Estado no quiere alimentarlo gratuitamente, es menester concederle que tiene el derecho de utilizarse de las fuerzas del ladrón en trabajos útiles a la sociedad y por un cierto tiempo según las circunstancias, o relegarle para siempre al rango de esclavos”. En Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 168, se dice que, como el condenado requiere de sustento, “puesto que el Estado no lo hará gratuitamente, tiene que cederle sus fuerzas para cualquier trabajo que se le antoje (trabajos forzados o trabajos en la prisión), con lo cual cae en estado de esclavitud durante un cierto tiempo o, según las circunstancias, también para siempre”.

<sup>(67)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, p. 207, nota al pie. En Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 256, nota al pie, se dice así: “En todo castigo hay algo que hace sufrir justamente el sentimiento de honor del condenado, porque el castigo contiene una simple violencia unilateral, y en esta violencia, la dignidad de un ciudadano como tal se ve por lo menos suspendida en un caso particular, puesto que está sometido a un deber exterior, al cual no debe oponer por su parte ninguna resistencia”.

<sup>(68)</sup> Villey, M., ob. cit., p. 34. P. ej., y en concreto, citando a Ulrich Klug, dice Durán Migliardi, M., ob. cit., p. 140, que el imperativo categórico (moral) kantiano “carece de contenido puesto que «el problema relativo a qué clase de ley general al que habrá que referirse, permanece sin respuesta. El imperativo categórico -indica Klug- podría también tener vigencia en una comunidad de gánsteres. Por lo que -concluye- de un principio carente de contenido, del que no puede deducirse nada con respecto a su contenido, tampoco podrá extraerse una norma retribucionista”.

<sup>(69)</sup> Es cierto que, en ocasiones, Kant alude al ser humano exclusivamente como fin en sí mismo, pero siempre dentro de un contexto preciso referido a una cuestión particular que así lo habilitó a decirlo (p. ej., al aludir Kant, M., *Fundamentación...*, cit., ps. 94, a la materia de las fórmulas del principio de la moralidad, al señalar a este

Copleston lo explica así: “Las palabras «al mismo tiempo» y «meramente»” (sino “solamente”, según cada traductor y/o en otro texto de Kant) “son de importancia por lo siguiente: es imposible no hacer uso de otros seres humanos como medios. Al ir al peluquero, por ejemplo, se va a utilizarle como medio para un fin que no es él mismo. Por eso la ley kantiana dice que incluso en esos casos he de evitar tratar al ser racional *meramente* como medio, o sea, como si no tuviera más valor que el de medio para mi finalidad subjetiva” (70). Por lo cual, como bien lo destaca Ricoeur, “la persona no se manifiesta sino en el acto práctico de tratarla como un fin y no, solamente, como un medio” (71). Lo cual, es claro, no significa que, en los hechos, no se la pueda tratar (o “usar”), de acuerdo con Kant y como ya se vio, como medio (no mera o simplemente) y fin a la vez (conjunta y armónicamente). O sólo como este último, si es que realmente, en los hechos, se intenta y se le puede brindar un trato de “persona”, propiamente hablando. Sino, también de acuerdo con Kant, privarla de ser tratada como algún “fin”, tal como resulta de la caracterización y de la infortunada suerte de los “ilegales” bastardos.

Los errores que se han seguido de pretender hacer decir a Kant, a este respecto, algo que nunca dijo, abundan (72) -siendo que autores serios no se encuentran a salvo de ello- (73), y en este sentido, no cabe idolatrar a algunos purísimos “axiomas racionales” suyos (74), ni menos aún “recortarlos”, p. ej., diciendo que la prevención utiliza al hombre como medio y eso no fue aceptado por el pensamiento de la Ilustración (75). Simplemente, porque a los textos de Kant (al igual que a cualquier otro), hay que leerlos enteros, tanto a los efectos de no

---

respecto que “el ser racional debe servir como fin por su naturaleza y, por tanto, como fin en sí mismo”), por lo cual estos párrafos contingentes suyos no enervan ni contradicen a su idea de que dicho ser pueda ser tratado medio y fin a la vez, y consecuentemente, menos aún pueden ser aislados del contexto de su íntegro discurso para intentar, vana e incorrectamente, que el ser humano sería y/o sólo puede ser tratado como un fin en sí mismo.

(70) Copleston, F., ob. cit., Vol. VI, ps. 104/105.

(71) Ricoeur, Paul: *Introducción a la simbólica del mal*, Megápolis, Bs. As., 1976, p. 155.

(72) Para peor, aún en textos escolares. P. ej., en *La dimensión moral del ser humano* (Autora: María José Serrano de la Cruz), 4. “La conciencia moral La dignidad humana según Kant” ([http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esoetica/quincena2/quincena2\\_contenidos\\_4b.htm](http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esoetica/quincena2/quincena2_contenidos_4b.htm) - Último acceso: 16/07/2019), se dice que Kant afirmó que “el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros individuos, lo que lo convertiría en una cosa. Los seres irracionales, como los animales, pueden ser medios para, por ejemplo, la alimentación, en cambio la existencia de las personas es un valor absoluto (...) y, por ello, son merecedoras de todo el respeto moral mientras que la discriminación, la esclavitud, etc. son acciones moralmente incorrectas, porque atentan contra la dignidad de las personas”. Huelga recordar que, en cuanto a los “bastardos” (discriminación) y los condenados a trabajos forzados (esclavitud), no eran estos precisamente los pareceres de Kant.

(73) P. ej., no nos parece correcto decir que “la razón sólo reconoce como morales las normas que tienen derecho a valer universalmente; es decir, en el caso de Kant, las que respetan a todo hombre como absolutamente valioso y tienen en cuenta los fines que puede proponerse” (Cortina, Adela: *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, 6ta. edic., Tecnos Madrid, 2000, p. 67), por cuanto, como ya se ha visto, Kant no afirmó esto.

(74) P. ej., tal como lo hace Naucke, Wolfgang: “Prevención general y derechos fundamentales de la persona”, en Naucke, Wolfgang & Hassemer, Winfried & Lüderssen, Klaus: *Principales problemas de la prevención general*, B de F Ltda., Bs. As., 2004, ps. 22/24 y 27.

(75) Al respecto, parece obvio que las ideas de Kant en nada empañan a la prevención especial, “readaptativa” y/o “neutralizante”, cuando la pena atiende a una finalidad social útil, tanto para el interno como para la comunidad.

“mutilar” sus máximas pretendidamente racionales, como para cotejarlos con sus demás dichos, y exponer a su pensamiento, pura y racionalmente, tal como es. Siendo claro que no se puede tomar a una frase (de Kant, en el caso) fuera del contexto en el cual ha sido dada y al cuál se integra (sino prescindiendo de otros textos intrínsecamente vinculados), siendo que con tamaña omisión se altera su significado, y por ende, se incurre en un vicio lógico que torna erróneo a su uso, dado que, partiendo de una premisa incorrecta (textualmente parcial y “extendiendo” indebidamente a su-parte-que-más-gusta) <sup>(76)</sup>, es imposible llegar a una conclusión acertada <sup>(77)</sup>.

En definitiva, para proclamar que el hombre tiene dignidad en términos kantianos, hay que *aceptar* todo su sistema, esto es, admitir que aquella tiene un fundamento moral (por cuanto la humanidad es capaz de moralidad) y que la moral es lo que Kant dijo que es. Lo contrario, sólo importa pregonar una “frase suelta” suya dentro de algún discurso, al mejor estilo periodístico.

Por supuesto, rechazar al planteo kantiano de referencia no importa desconocer a la dignidad humana, en cuanto atributo de toda persona, pero no desde alguna moralidad racionalista, sino como un valor fundamental, espiritual, ético y jurídico (un derecho) <sup>(78)</sup>, que le es inherente a todo ser humano, que encuentra su fundamento en la propuesta moral de que cada vida humana tiene significado y valor intrínseco <sup>(79)</sup>, no así en función de “imperativos” abstractos, sino en razón de los fines consustanciales del hombre y de acuerdo con una antropología filosófica realista (esto es así porque, cuando se alude -de cualquier forma y en cualquier discurso- a la dignidad humana, con ello siempre se está aceptando implícitamente -aunque no se la mente expresamente- la existencia de una cierta “naturaleza” humana como base y razón de aquella, dado que, de no ser así, esa “dignidad” carecería de sustento), y “que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, y que lleva consigo la pretensión al respeto por los demás” <sup>(80)</sup> y el logro de esto último, aun judicialmente. Ello por cuanto, y hace ya largo tiempo, “la premisa irrebasable de cualquier razonamiento en torno a derechos y deberes es el reconocimiento de la dignidad de la persona” <sup>(81)</sup>, respetándola como tal, pues el respeto (comprendido en su sentido básico y

---

<sup>(76)</sup> P. ej., dice Rojas Amandi, Víctor M.: *La filosofía del derecho de Immanuel Kant* (<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61365>) que “La persona moral es su fin en sí mismo y no medio para objetivos externos. Se debe observar que, esto no vale para el hombre empírico como parte del mundo sensorial, sino para la humanidad en su persona o a través de su persona”.

<sup>(77)</sup> Ferrajoli, L., ob. cit., ps. 264, 266, 276, 279, 302 (nota 110), 327, 331, 395 y 401, no se encuentra a salvo de este error.

<sup>(78)</sup> Huelga recordar que el concepto de dignidad humana está en el centro mismo de los DD.HH. Ella es invocada en la generalidad de las Declaraciones, Pactos y Convenciones Internacionales sobre DD.HH.

<sup>(79)</sup> Sulmasy, Daniel P.: “Muerte y dignidad humana”, en *Cuadernos del Programa Regional de Bioética*, N° 4, Programa Regional de Bioética para América Latina y el Caribe OPS/OMS, Santiago de Chile, 1997, ps. 176/179.

<sup>(80)</sup> Martín Mateo, Ramón: *Bioética y derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, ps. 120/121.

<sup>(81)</sup> Cortina, A., ob. cit., p. 21.

esencial: miramiento, consideración por el otro) se halla necesariamente adherido al valor de la dignidad <sup>(82)</sup>.

Retomemos. Los errores antes indicados también se encuentran en algunas apreciaciones de lo dicho por Kant (que aquí también se “fracciona”) en cuanto a la aplicación de las penas jurídicas. Las cuales, a su entender, en lo referente al tipo y grado de castigo que la justicia pública debe adoptar como principio y como regla, “no puede ser más que el principio de igualdad apreciado en la balanza de la justicia, sin inclinarse más a un lado que a otro”, y sólo el *jus talionis* puede “dar determinadamente la cualidad y la cantidad de la pena, pero con la condición bien entendida de ser apreciada por un tribunal (no por el juicio privado), ya que “todos los demás derechos son movibles y no pueden concordar con la sentencia de una justicia pura y estricta a causa de las consideraciones extrañas que con ella se mezclan” <sup>(83)</sup>.

Y esto a tal punto que si el criminal “ha cometido un asesinato, tiene que morir. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia. No existe equivalencia entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, por tanto, tampoco hay igualdad entre el crimen y la represalia, si no es matando al culpable por disposición judicial, aunque ciertamente con una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantajo la humanidad en la persona del que la sufre” <sup>(84)</sup>. O sea que, por tales consideraciones, la pena capital sería racionalmente justa y excluyente de cualquier otra, pero no podría maltratarse al condenado de modo alguno, sino siempre, ejecutarlo “dignamente”, permitiéndole llegar a una muerte honrosa <sup>(85)</sup>. Por caso, al parecer, no correspondería matarlo mediante la imposición de algunas torturas, o de alguna forma “exageradamente” cruel (p. ej., empalarlo o descuartizarlo), pero sí decapitarlo o ahorcarlo. En fin, si bien “los grandes crímenes son paroxismos cuyo espectáculo produce escalofríos a los hombres de alma sana” <sup>(86)</sup>, las ejecuciones entonces serían espectáculos que deberían producir gratas emociones a esos mismos individuos. O a cualquiera <sup>(87)</sup>.

---

<sup>(82)</sup> Cfr. González Valenzuela, Juliana: “Dignidad humana”, en Tealdi, Juan C. (Director): *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, UNESCO - Red Bioética - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética & Universidad Nacional de Colombia, 2008, ps. 277/278. (disponible en la web, entre otros sitios, en <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001618/161848s.pdf> - Último acceso: 14/07/2019).

<sup>(83)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 198/199. De similar traducción en Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 167. Vale acotar que, con estos argumentos, Kant justifica la igualdad que dice que debe haber en la retribución, en tanto que esta última viene justificada cómo y en cuanto tal, en los términos antes expuestos.

<sup>(84)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 168. De similar traducción en Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 198.

<sup>(85)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 301: “Quejarse y gemir, incluso simplemente gritar por un dolor corporal es ya indigno de vosotros, sobre todo, si sois conscientes de haber sido culpables: de ahí que la muerte de un delincuente se ennoblezca (evite la deshonra) por la firmeza con que muere”.

<sup>(86)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 235.

<sup>(87)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., ps. 333/334: “La más dulce entre las alegrías producidas por el mal ajeno, con apariencia además de sumo derecho e incluso de obligación (como deseo de justicia), es el deseo de venganza, que consiste en proponerse como fin dañar a otros, aun sin provecho propio. / Toda acción que viola el derecho de un hombre merece un castigo que vengue el delito en el autor (no solo que repare el daño ocasionado). Ahora bien, el castigo no es un acto de la autoridad privada del ofendido, sino de un tribunal distinto de él, que hace efectivas las leyes de alguien superior a todos los que le están sometidos; y si

Como fuere, lo cierto (para Kant) es que “esta igualdad de las penas, que solo es posible por la condena a muerte por parte del juez, según la estricta ley del talión, se manifiesta en el hecho de que sólo de este modo la sentencia de muerte se pronuncia sobre todos de forma proporcionada a la *maldad interna* de los criminales”<sup>(88)</sup>. “Por consiguiente, todos los criminales que han cometido el asesinato, o también los que lo han ordenado o han estado implicados en él, han de sufrir también la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial, según leyes universales, fundamentadas *a priori*”<sup>(89)</sup>. De tal modo que, sentencia judicial de condena mediante (dada conforme al “imperativo categórico” legal), el obrar externo del verdugo, efectuado en uso libre de su arbitrio, coexistiría “con la libertad de cada uno” (incluyendo al de la persona ejecutada) “según una ley universal”, esta última, al parecer, propiciatoria de la pena de muerte.

Pero además, la pena capital sería procedente “aunque no se tratara de un homicidio, sino de otro crimen de Estado que solo la muerte puede borrar”, como ser una sublevación contra alguna Corona<sup>(90)</sup>, ya que en “el caso en que se trate de sentenciar sobre la culpabilidad de muchos conjurados, la muerte es todavía el mejor nivel que puede aplicar la justicia pública”<sup>(91)</sup>. Siendo esto último conteste (y viceversa) con sus ideas referentes a la sumisión de los súbditos al poder del Estado (bajo alguna desconocida “ley universal de la libertad”), pues si bien los primeros, en algunos casos, podrían elevar “quejas”, nunca jamás podrían ejercer algún tipo de resistencia (a cualquier abuso de poder u opresión, debiendo estarse a lo que se le ocurra al mandón de turno)<sup>(92)</sup>, de tal modo que, en materia de violencia ejercida contra el gobernante, “la más ligera tentativa en este género es un crimen de alta

---

consideramos a los hombres en un estado jurídico (como es necesario en la ética), pero solamente según leyes racionales (no según leyes civiles). Nadie tiene derecho a imponer castigos y vengar la ofensa sufrida por los hombres, sino aquel que es también el supremo legislador moral, y solo el (es decir, Dios) puede decir: «La venganza es mía; quiero vengarme». Por tanto, no sólo es un deber de virtud no responder a la hostilidad ajena con odio por venganza, sino incluso ni siquiera pedir venganza al juez del universo; por una parte, porque el hombre ha acumulado sobre sí suficientes culpas como para estar el mismo muy necesitado de perdón; por otra parte, y sobre todo, porque no puede imponerse por odio ningún castigo, sea el que sea”.

<sup>(88)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 169. De similar traducción en Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 198/199. Señala Durán Migliardi, M., ob. cit., p. 132, que “en cuanto a los fundamentos de su posición, respecto de la pena de muerte y la adopción del sistema talional, Kant evoca argumentos morales, con un sentido de expiación casi religioso”, lo cual, desde nuestra óptica, no es de extrañar, aunque no se “expíe” a la culpa o “pecado”, sino que se elimina a la persona condenada, sea que se haya o no arrepentido de su falta, por lo cual este criterio expiatorio kantiano queda navegando en las penumbras apriorísticas de la “razón pura”.

<sup>(89)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 170. De similar traducción en Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 198/199.

<sup>(90)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 169. De similar traducción en Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 198/199.

<sup>(91)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 199/200. Y en Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 170: “también en el caso de una sentencia dictada contra un conjunto de criminales, unidos en un complot, el mejor igualador ante la justicia pública es la muerte”.

<sup>(92)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., ps. 175/182; *La metafísica de las costumbres*, cit., ps. 149/155. Otra vez, por más que se las intente maquillar con alguna “racionalidad”, están aquí presentes criterios bíblicos (p. ej., *Romanos*, 13:1 “Todos deben someterse a las autoridades públicas, pues no hay autoridad que Dios no haya dispuesto, así que las que existen fueron establecidas por él. 2 Por lo tanto, todo el que se opone a la autoridad se rebela contra lo que Dios ha instituido. Los que así proceden recibirán castigo”).

traición”, y “un traidor de esta naturaleza debe ser castigado con la pena de muerte, como culpable de haber querido matar a su país” <sup>(93)</sup>. De ser así, por caso, todos quienes participaron en el “Cordobazo” del 29 y 30 de mayo de 1969, en términos kantianos, fueron “traidores” pasibles de la pena capital.

Entonces así, dando por cierto que “el gran triunfo de las ideas kantianas es haber transformado la venganza y la simple retribución ciega en la idea de *La Justicia*” <sup>(94)</sup>, optamos por no abundar sobre lo recién antedicho, no tanto por no ser el lugar para hacerlo, sino más bien para no adoptar metodologías kantianas, y así, pasamos a retomar lo anterior.

Reiterando que, para Kant, “la pena es un bien en sí misma, porque constituye una reafirmación éticamente necesaria de la ley del deber violada” <sup>(95)</sup>, a su decir, aquella “no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable *por la sola razón de que ha delinquido*; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra tal ultraje (...). El malhechor debe ser juzgado *digno de castigo* antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos” <sup>(96)</sup>.

O sea que, atendiendo a todo lo anterior (el “uso conjunto” del hombre como fin y medio, y viceversa) y según estas ideas, es claro que *primero* habría que condenara al “malhechor” que ha sido juzgado “digno de castigo”, por supuesto, conforme a la ley del talión y atendiendo a “la maldad interna del criminal” (por cierto, inconmensurable), pues la pena requiere “como presupuesto un *demeritum*, considerado como una “culpabilidad moral” <sup>(97)</sup> -ello por cuanto, según Kant, “el argumento de la penalidad es moral”- <sup>(98)</sup>, y *luego*, dado

---

<sup>(93)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 178. De similar traducción en Kant., I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 152.

<sup>(94)</sup> Matus Acuña, Jean P.: *El idealismo penal kantiano y su relación con el llamado derecho de las víctimas al castigo de los culpables*, en “Revista de Derecho Aplicado”, LLM UC 1, 2018, p. 9. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46886-idealismo-penal-kantiano-y-su-relacion-llamado-derecho-victimas-al-castigo-culpables> (Último acceso: 14/07/2019). Acotaremos que el hecho de que la pena sea un instrumento de la institución del Estado no empaña al principal y contundente argumento kantiano de que aquella importe la pura realización de su ideal de justicia, a nuestro parecer, abstracto y mesiánico.

<sup>(95)</sup> Del Vecchio, G., ob. cit., p. 101.

<sup>(96)</sup> Kant, *Principios metafísicos del derecho*, p. 195. En Kant., I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 166: La pena judicial “no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (...); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo”.

<sup>(97)</sup> Bacigalupo, E., ob. cit., p. 415.

<sup>(98)</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, p. 207, nota al pie: “La justicia penal (*iustitia punitiva*), dado que el argumento de la penalidad es moral (*quia peccatum est*), ha de distinguirse aquí de la prudencia penal. ya que ésta es solamente pragmática (...) y se funda en la experiencia de lo que resulta más eficaz para prevenir el crimen; la primera, por tanto, ocupa en la tónica de los conceptos jurídicos un lugar completamente distinto: *locus iusti*, no el de lo *conducibilis* o lo ventajoso para cierto propósito, ni tampoco el lugar de lo meramente

que la pena no podría *inicialmente* ser aplicada “como un simple medio de procurar” otros bienes, *una vez efectuado ello*, se podría ver y analizar si se puede “sacar de su pena alguna utilidad para él” o para otros.

En otras palabras, si la pena ha de ser impuesta *prioritariamente* como castigo y no puede nunca servir *simplemente* como medio para esos otros fines, una vez así dada la condena (por haberse delinquido), va de suyo que ella *también* podría (empleamos al verbo “poder” en condicional simple [del modo indicativo] para ser fieles con el pensamiento kantiano en análisis) atender, pero no ya “simplemente”, a esos otros fines provechosos <sup>(99)</sup>. De algún modo, admitidos por Kant en para la pena de trabajos forzados, ya que, en definitiva y según él, éstos están destinados al propio beneficio del reo (pues de y con ellos se seguiría su posibilidad de sustento, de alimentación, ya que el Estado no tiene por qué hacerse cargo gratuitamente de esto), sino de resultar útiles a la sociedad. Luego, la pena tendría aquí una finalidad, más que ulterior, consustancial a la imposición del castigo.

#### **IV. Acerca de los fundamentos de la punición estatal.-**

Descartando a las ideas de Kant (no *a priori*, sino por todo lo antedicho) y a cualquier tipo de retribucionismo absolutista y demás neo-retribucionismos (que en definitiva, los de base kantiana, casi nada nuevo dicen) <sup>(100)</sup>, de acuerdo con opiniones antes vertidas <sup>(101)</sup>, para concluir con los aspectos referentes a la finalidad, funciones y justificación de las penas (y con ello, otra vez, a la fundamentación de la punición estatal), diremos que si se admite que el Derecho Penal -además de funcionar como un sistema de protección a las personas del ejercicio desbocado del poder por parte de algún tirano de aldea que guste reprimir lo que se le antoje- nació como negación de la venganza privada (entendiendo por tal: “justicia por mano propia”), y se justifica con el fin de impedirla, encargándose de punir al autor de la desviación <sup>(102)</sup>, siendo que, de una forma u otra, la pena sustituye a la venganza, en este sentido y al igual que esta última, de ello se puede seguir que, guste o no, toda pena (aún

---

*honesti*, que ha de buscarse en la ética.” En Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., p. 256, nota al pie, obra una traducción similar.

<sup>(99)</sup> De allí que consideramos errada a la interpretación efectuada por Zaffaroni, E. R., ob. cit., Tº II, p. 146, carca del pasaje kantiano en análisis, al decir que, para Kant, “el Estado tampoco puede proceder de modo contrario a la moral, es decir que, pese a que el delincuente haya tomado a otro como medio, el Estado no puede tomar al delincuente como medio, porque sumaría a una violación del imperativo categórico, otra violación del mismo. Toda vez que la pena sólo puede tener un objetivo moral, sólo podrá aplicarse simplemente porque se ha violado el imperativo categórico y como impuesta por un imperativo categórico ella misma, sin que pueda asignársele ningún otro fin ulterior o mediato, porque entonces estaría impuesta por un imperativo hipotético y ya no sería moral”.

<sup>(100)</sup> Cfr. Durán Migliardi, M., ob. cit., ps. 1401 y ss.

<sup>(101)</sup> Nuestro trabajo: *Seguridad e inseguridad pública: los discursos y las prisiones. Ficciones, realidades y utopías posibles* (17/12/2018) <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47235-seguridad-e-inseguridad-publica-discursos-y-prisiones-ficciones-realidades-y-utopias> (Último acceso: 14/07/2019).

<sup>(102)</sup> Cfr. Ferrajoli, L., ob. cit., ps. 209 y 333.

entendida como mal menor) importa una retribución (un castigo) <sup>(103)</sup>. Tómeselo como una finalidad de la pena (retribucionismo “puro”), como un efecto suyo o como guste, que aquella importa un mal (privación de un bien) es evidente <sup>(104)</sup> (esto se advierte en la misma sintaxis de los tipos penales: “Será/n reprimido”; “Sufrirá/n” <sup>[105]</sup>, “Será/n castigado/s” <sup>[106]</sup>, etc.).

Sin embargo, admitir (es razonable) y/o contentarse (es lamentable) con que la pena sea o importe un castigo es notoriamente insuficiente, dado que, de alguna forma u otra, la pena debe intentar lograr algún fin socialmente útil. Pero, abstracción hecha de los “trabajos forzados” de impronta kantiana, ¿cuál/es? ¿La disuasión, como aún se insiste? No, y veamos por qué.

Descartamos que las penas resulten propia y universalmente disuasivas de la comisión de delitos, sea que se hable de alguna “disuasión general”, o bajo otro enunciado, de “prevención general” -aludimos a la teoría de la prevención general clásica, posteriormente denominada “prevención general negativa” (la pena tendría como finalidad intimidar a la generalidad de los habitantes, para que se aparten de la comisión de delitos), y decimos “universalmente” (para descartar ese pretendido “efecto”), por cuanto empíricamente sólo es admisible que la coacción jurídica logre efectos disuasivos *en algunas personas y en determinadas circunstancias*. Acotando que no advertimos que la llamada “prevención general positiva” (entendida como reafirmación de la legalidad y demás desarrollos) pueda tener alguna incidencia concreta en la psique quién delinquirió, por lo cual esta fórmula no pasa de ser un enunciado puramente retórico (sino, una expresión de deseos, por cierto algo jocosa), que carece de toda eficacia y operatividad práctica. En definitiva, creer que la imposición de alguna pena “permitiría” lo anterior y/o, si se prefiere, la compensación de la lesión jurídica es una ficción <sup>(107)</sup>.

En tanto que, en lo que hace a las variables que asigna a la pena la teoría de la prevención especial (intimidación, neutralización, corrección), no advertimos que, *en abstracto*, la pena pueda realmente intimidar al detenido de tal modo que, cuando recupere su

---

<sup>(103)</sup> Cfr. Tonry, Michael: *Purposes and Functions of Sentencing* (2006), Scholarship Repository - University of Minnesota Law School <https://pdfs.semanticscholar.org/0b77/7046395815efb1742602abce4010b4f5eb63.pdf> (Último acceso: 15/07/2019).

<sup>(104)</sup> Ricoeur, P., ob. cit., ps. 95 y ss. Cfr. Graneris, G., ob. cit., ps. 222/223.

<sup>(105)</sup> Se trata de las expresiones empleadas por el Cód. Penal argentino; p. ej., “sufrirá la pena” (art. 27); “sufrirá las penas” (art. 42); “será reprimido” (art. 83 y muchas otras normas); “Sufrirá prisión de...” (art. 171), etc.

<sup>(106)</sup> Son las expresiones habituales empleadas en el Cód. Penal del Reino de España, desde su art. 1º, inc. 1. en más (“No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito...”), el cual también se emplea la voz “sufrirá” (p. ej., en su art. 570, inc. 2.).

<sup>(107)</sup> Algo así como decirle a la gente: “Sr./a. & adolescente & niño/a (de cualquier género y/o identidad de género): Si Ud. fue secuestrado/a, torturado/a, abusado/a sexualmente y mutilado/a, ¡Despreocúpese! Porque si su ofensor llega a ser individualizado, detenido, juzgado y condenado, esta reacción estatal para con esos hechos punibles, en cuanto tal, importa un contundente apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social. Y de así acontecer, merced a dicha condena, Su Majestad la Norma Vulnerada quedará totalmente ratificada, afirmada, mantenida y asegurada, y con ello, su desautorización será rechazada con vehemencia, y así, se reforzará la confianza general en la, ahora impoluta, Ley «protectora» de derechos fundamentales (¡Sí, los que a Ud. le violaron!). Supongamos que se dicte esa condena. Sugerencia: Vayan a decirle a la víctima del caso que la sacrosanta norma violentada ha sido restituida y/o afines. Después, por favor, háganos saber qué les respondió.”

libertad, no cometa nuevos delitos. *En concreto* y para el condenado, a fin de evitar, a modo de *hipótesis*, que este último continúe delinquir, ese sentido preventivo especial, más allá de su neutralización (“prevención especial negativa”), es admisible. Pero, cabe reiterarlo, *sólo a modo de hipótesis*, dado que, por lo común, no es “previsible” que, de estar libre, aquél pudiese cometer nuevos delitos. Excepción hecha de los delincuentes habituales (“delincuentes crónicos”, o “recurrentes” o “persistentes”, dicen otros) y/o profesionales (sicarios, etc.) <sup>(108)</sup>, de los asesinos seriales (p ej., pensemos en Ian Brady y Myra Hindley <sup>[109]</sup>, sino en Andréi Románovich Chikatilo) <sup>(110)</sup> y de otros casos en que, con suma prudencia, pueda válidamente presumirse dicha posibilidad.

Y así, sin pretender adherir a alguna teoría “mixta”, creemos que dicha finalidad no puede ser otra que *intentar* “resocializar a los individuos que se priva de la libertad ambulatoria o, dicho en otros términos, remover las causas que los colocaron en situación de encierro” <sup>(111)</sup>. O empleando la terminología de estilo, *intentar* lograr la readaptación social del condenado, en vistas a su reinserción social <sup>(112)</sup>.

*Intentarlo* decimos, pues si bien tal readaptación y esa reinserción es posible y lograble en muchos casos, aun gradualmente, en otros tantos, parecen no serlo, por acontecer que, antes de su condena, el interno no estaba socialmente “adaptado” (delincuentes “persistentes”, de cualquier tipo) o bien, puedan considerarse prácticamente imposible o

---

<sup>(108)</sup> Jiménez de Asúa, Luis: *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, Abeledo-Perrot & Sudamericana, Bs. As., 1997, ps. 537/538 y 542

(<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/10/doctrina31748.pdf>). Ver Palmou Fontana, Alfonso A.: *Carrera delictiva. Criminología del desarrollo vital* (2015)

<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41536-carrera-delictiva-criminologia-del-desarrollo-vital> y López Sánchez, Aitor: *Evaluación psicológico forense de la responsabilidad criminal. Un estudio de caso*, Universidad de Santiago de Compostela - Facultad de Psicología, 2016

<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44280-evaluacion-psicologico-forense-responsabilidad-criminal-estudio-caso> (Último acceso a estos tres sitios: 15/07/2019).

<sup>(109)</sup> P. ej., ver <https://www.thejournal.ie/moors-murders-ian-brady-3393430-May2017/> & <https://news.sky.com/story/the-moors-murders-the-victims-of-ian-brady-and-myra-hindley-10879310> & <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39937808> (16/05/2017); Kennedy, Hellen: *The myth of the she-devil: why we judge female criminals more harshly* <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/oct/02/the-myth-of-the-she-devil-why-we-judge-female-criminals-more-harshly> (Último acceso a estos tres sitios: 15/07/2019).

<sup>(110)</sup> P. ej., ver <https://estudiocriminal.eu/wp-content/uploads/2017/03/Andrei-Romanovich-Chikatilo.pdf> & <https://www.britannica.com/biography/Andrei-Romanovich-Chikatilo> (Último acceso a ambos sitios: 15/07/2019).

<sup>(111)</sup> Así lo expresa la Asociación Pensamiento Penal: *Hacia un modelo penal alternativo* (2014) <http://www.pensamientopenal.org/mpa/> & <http://www.pensamientopenal.org.ar/mpa/archivos/ejes.pdf> Ver Zaffaroni, E. R., ob. cit., Tº I, ps. 73 y ss., y en particular, McNeill, Fergus: *Cuando el castigo es rehabilitación* (2014) <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46971-cuando-castigo-es-rehabilitacion> (Último acceso a estos tres sitios: 15/07/2019).

<sup>(112)</sup> López Melero, Monserrat: *Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social* (2017), ps. 614 y ss. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45510-derechos-fundamentales-presos-y-su-reinsercion-social> (Último acceso: 15/07/2019).

carente de sentido <sup>(113)</sup>, como en el caso de los agresores sexuales con diagnóstico de psicopatía, “cuya peligrosidad es extrema y deberían ser colocados en programas especiales, con vigilancia permanente al salir de la prisión” <sup>(114)</sup>, siendo que aquí parece claro que lo que prima es neutralizarlos (en muchos casos, esto es lo único por hacer <sup>(115)</sup>). Bien entendido que la exclusión de los autores de todos estos últimos delitos (que no son tan “excepcionales”) de algún tipo de “resocialización”, en nada afecta a esta última en cuanto finalidad social útil de la pena. Simplemente, porque aquí la resocialización no resulta idónea <sup>(116)</sup>.

Pero queda algo por decir. Si el Derecho Penal se instituyó como un sistema impeditivo de la venganza privada y, a la vez, principio de legalidad mediante, como un límite preciso a cualquier tipo de punición “a gusto” de algún regente estatal, en cuanto forma explícita y concreta de control social, formal y externo <sup>(117)</sup> -lo suficientemente importante

---

<sup>(113)</sup> Sin perjuicio de las medidas concretas que se tomen en definitiva, nos parece que las funciones de la pena que señaló Von Liszt, Franz: *La idea de fin en el derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de Millaco & Universidad de Valparaíso de Chile, México, 1994, ps. 113/125 y 129 ([http://www.derechopenalened.com/libros/la\\_idea\\_de\\_fin\\_en\\_el\\_derecho\\_penal\\_franz\\_von\\_liszt.pdf](http://www.derechopenalened.com/libros/la_idea_de_fin_en_el_derecho_penal_franz_von_liszt.pdf) - Último acceso: 15/07/2019), bien reseñadas por López Melero, M., ob. cit., p. 68 continúan siendo correctas. Que se las pueda “flexibilizar” en los casos concretos en que sea prudente y correcto hacerlo, es otra cuestión.

<sup>(114)</sup> Garrido Genovés, Vicente: *Perfiles Criminales. Un recorrido por el lado oscuro del ser humano*, Editor digital: epl, 2012, ps. 71 y ss. <http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/43913-perfiles-criminales-recorrido-lado-oscuro-del-ser-humano-vicente-garrido> (Último acceso: 15/07/2019).

<sup>(115)</sup> Vale aclarar que lo recién expuesto no importa adscribir a (ni admitir) tesis que versen acerca de algún “derecho penal del ciudadano” y de otro “derecho penal del enemigo”, aunque se las planteé como dos tendencias opuestas, en un solo contexto jurídico-penal (Jakobs, Günther - Cancio Meliá, Manuel: *Derecho penal del enemigo*, Thomson \* Cuadernos Civitas, Madrid, 2003), sino atender a los hechos provocados por algunas personas, en función de estas mismas, lo cual nada tiene que ver con el “derecho penal de autor” en cuanto tal, sino a autores determinados y por los delitos que cometieron. Así entendido, huelga decir que tampoco se trata aquí de alguna profiláctica defensa social “dura” (p.ej., conforme al pensamiento de Ingenieros, José: *Criminología*, Daniel Jorro, Madrid, 1913, p. 11, consistente en “asegurar la máxima defensa contra los individuos peligrosos, permitiendo la máxima rehabilitación de los readaptables a la vida social”). Pero como puede que se nos diga que estamos “etiquetando” a los tipos de delincuentes de mención, vamos a aclarar que no advertimos que sus crímenes sean alguna “creación social”, sino hechos concretos, digámoslo así, “desagradables”. Y objetivamente “desviados”, en cuanto constituyen una cualidad propia del acto que la persona realiza. Por caso, la “desviación primaria” de Chikatilo, a las claras, estaba centrada en su estructura psíquica, y su “función social” era la de asesinar en serie. Señala Baratta, Alessandro: *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*, Siglo XXI Editores Argentina, Bs. As., 2004, p. 121, que “el primer presupuesto del principio del interés social y del delito natural es negado por las llamadas teorías de la reacción social o del etiquetamiento (...), las cuales, en la perspectiva del interaccionismo simbólico, han mostrado -no es superfluo reiterarlo- que la desviación no es algo que rece de las definiciones y las reacciones sociales, sino una realidad construida mediante las definiciones y las reacciones, que adquiere a través de ellas la cualidad desviada o criminal. / Desde este punto de vista, la criminalidad no es, entonces, una cualidad ontológica, sino un estatus social que es atribuido a través de procesos (informales y formales) de definición y mecanismos (informales y formales) de reacción”. De ser así, podría entenderse que Chikatilo nunca había afectado a algún “interés social”, y que, hasta su detención, puesto que no se lo había aún etiquetado, no era un criminal.

<sup>(116)</sup> Es de ver que, cuando Baratta, A., ob. cit., p. 194, señala que algunos estudios “concluyen que «la posibilidad de transformar un delincuente violento asocial en un individuo adaptable a través de una larga pena carcelaria no parece existir»”, tal vez eso se deba porque se trata precisamente de “un delincuente violento asocial” cuya “incapacidad para aprehender la realidad del mundo externo” (p. 195) obste a esa adaptación.

<sup>(117)</sup> Para el concepto de *control social*, en general y entre otros, ver Fucito, Felipe: *Sociología del derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*, Universidad, Bs. As., 1999, ps. 29 y ss. Con respecto al Derecho Penal, cfr. Mir Puig, S., *Derecho Penal...*, cit., ps. 39/40.

como para que “haya sido monopolizado por el Estado”- <sup>(118)</sup>, aunque este sistema de control social no sea el único, no goce de “exclusividad” <sup>(119)</sup> y sea perfectible, parece claro que, tal como está programado, este mismo sistema tiende, más que a su “defensa”, a la preservación de la sociedad. Porque, más allá de las normas éticas (y de la “sintonía” jurídica con las que son elementales <sup>[120]</sup>, por lo menos, en materia de derechos existenciales básicos en sí mismos, que como tales, hacen a la plenitud del ser humano) <sup>(121)</sup>, a falta del establecimiento de delitos y penas, ninguna convivencia sería posible <sup>(122)</sup>. Lejos de toda concepción “organicista” de la sociedad, puede verse aquí, ética, jurídica y empíricamente, una fundamentación de la punición estatal.-

---

<sup>(118)</sup> Mir Puig, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 40.

<sup>(119)</sup> Nos recuerda Baratta, A., ob. cit., p. 28, que la pena, según Giandomenico Romagnosi, “no es el único medio de defensa social; antes bien, el mayor esfuerzo de la sociedad debe dirigirse a la prevención del delito, a través del mejoramiento y desarrollo de las condiciones de la vida social”.

<sup>(120)</sup> Los saberes humanos no son compartimentos aislados, sino que mantiene relaciones de subalternación -esto es, una cierta subordinación de alguno/s de ellos con respecto a otro/s tales-, la cual puede ser en razón de sus fines, tal como aquí acontece, pues la ciencia jurídica, aunque actualmente no agrade reconocerlo y se guste hacer divisiones “tajantes” (tal vez por quedar demasiado estupefactos ante el “cielo estrellado” del universo jurídico, haciendo abstracción la Ética), responde a los fines elementales demostrados por la ciencia moral. Que es una ciencia normativa: lo uno, porque procede por principios universales (que se refieren a la actividad práctica), y lo otro, en cuanto tales principios gobiernan la acción, que trata del debido obrar humano (en definitiva, hacer el bien y evitar el mal, voz la primera que tiene un significado preciso, atinente a la plenitud y perfección del ser humano, habiendo una distinción real entre lo “bueno” y lo “malo”), y que, como tal, puede brindar juicios veritativos. Y así, más allá de que las diferencias entre Derecho y Moral son conocidas desde siempre y desde muy diversas posturas filosóficas (p. ej., si bien es de interés jurídico que no se cometan delitos, tomando a la teoría de la prevención general negativa, ni a ella ni al Derecho Penal les compete considerar que los delitos no se cometan por temor a la pena o por pura rectitud moral), no advertimos que exista alguna imposibilidad de incluir en el razonamiento jurídico parámetros éticos, pues el Derecho no padece de “asepsia axiológica”, y además, porque el problema de privación del sentido del bien y del mal pertenece a la psicopatología, no así a la Ética ni al Derecho. En general, ver Kalinowski, Georges: *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, EUDEBA, Bs. As., 1979.

<sup>(121)</sup> Cfr. Finnis, John: *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996, ps. 85 y ss.

<sup>(122)</sup> Freud, Sigmund: “Tótem y tabú. Algunas concordancias en la vida anímica de los salvajes y de los neuróticos” (1913 [1912-13]), en sus *Obras completas*, Vol. XIII, Edit. cit., 1991, ps. 7 y ss., atendió a ello cuando trató acerca de las tres prohibiciones culturales básicas -del incesto, del homicidio y del canibalismo (en cuanto deseos pulsionales)-, fundantes de toda convivencia humana.