

LA JUSTICIA PENAL EN KANT*

Prof. Danilo BASTA.

Facultad de Derecho de Belgrado

RESUMEN: *Kant no sólo es un pensador jurídico moderno, sino también provocativo en lo que respecta a su defensa de la ley del talión y de la pena de muerte. El principio que rige la justicia penal de Kant es el de la igualdad entre el delito y la pena, y frente al asesinato no habría para él otra pena equivalente que la de la muerte. Con ello se opone a Beccaria y a su concepción del contrato social, y su respuesta resulta significativa en un plano estrictamente jurídico.*

La doctrina de Kant sobre el delito y la pena, sobre el fin de la sanción, sobre aquello que puede abarcar y denominarse justicia penal, despierta, incluso después de dos siglos, un vivo interés para la filosofía del derecho, y no sólo para aquellos que se consideran intérpretes o incluso seguidores del «idealismo jurídico» de Kant. Más bien, crece la impresión de que este interés cada vez es mayor, y de que, como consecuencia de dicho interés, los trabajos consagrados a esta parte de la filosofía del derecho kantiana, son más numerosos cada vez. Es evidente, que este gran interés en la justicia penal de Kant es propiamente uno de los elementos de un notable fenómeno filosófico, a saber, el de un verdadero renacimiento vivido en los dos últimos siglos en la investigación de la filosofía política y jurídica kantiana¹. Un especial énfasis respecto a este renacimiento lo han puesto dos grandes aniversarios. Se trata de los 200 años desde la primera edición de la obra de Kant *Hacia la paz perpetua*

* Traducido del alemán por Oscar Cubo, revisado por Jacinto Rivera de Rosales.

¹ En la colección *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, se dedican tres artículos a la problemática de la justicia penal en Kant, cuyos autores son Otfried Höffe, Maximilian Forschner y Hariolf Oberer. Cómparese, Otfried Höffe, «Kant Begründung des Rechtszwangs und der Kriminalstrafe»; Maximilian Forschner, «Kant versus Bentham. Vom vermeintlich kategorischen Imperativ des Strafgesetzes»; Hariolf Oberer, «Über einige Begründungsaspekte der kantischen Strafrechtslehre», en: *Rechtsphilosophie der Aufklärung*. Editado por Reinhard Brandt, Walter de Gruyter, Berlin-New York 1982, S. 335-373; 376-398; 399-423.

(1795-1995) y de los 200 años desde la primera publicación de su *Metafísica de las Costumbres* (1797-1997)*, cuya primera parte la forman los «Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho». Ambos aniversarios, de un gran significado en general para la filosofía del derecho, fueron también el motivo y estímulo para la aparición de valiosos trabajos, que lanzan una nueva luz sobre el pensamiento jurídico y político kantiano, y lo que es especialmente importante, en los que se corrige o neutraliza un importante número de malentendidos y prejuicios, que se habían ido depositando a lo largo del tiempo sobre el pensamiento kantiano. La mayor parte de estos trabajos muestran muy convincentemente, que Kant es un destacado pensador moderno, es decir, que también él tiene una palabra indispensable y decisiva que decirnos a nosotros y a nuestro ser histórico. Ahora bien, sólo falta que esa palabra sea correctamente oída y entendida.

Además Kant no es solamente un pensador jurídico moderno, sino que lo es también, de un modo provocativo. Es posible, que esta provocación se dé, en su más alto grado, allí donde Kant abiertamente, de una manera consecuente y valiente, defiende la *ius talionis*², y donde de la misma manera aboga por la pena de muerte. Este planteamiento de Kant, que podemos resumir bajo el título de «La justicia penal en Kant», encuentra su máxima expresión en la *Metafísica de las Costumbres*, o dicho más exactamente, en la «Observación general. Efectos jurídicos que se derivan de la naturaleza de la unión civil», o bien, en el punto E de dicha observación, que lleva el título de «El derecho penal y el derecho de gracia». Aquí Kant, al mantenerse firme en los principios de su filosofía del derecho³, se

* Hay traducciones de ambas obras al castellano: *La Metafísica de las Costumbres*, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 2002; *Hacia la paz perpetua*, Introducción, traducción y notas de Jacobo Muñoz, Biblioteca Nueva, 1999 [NT].

² «... en tanto que yo sigo considerando a la *ius talionis*, en cuanto a la forma, como principio del derecho penal al ser la única idea determinante a priori (no tomada de la experiencia, que sería el remedio más poderoso a este respecto)», Immanuel Kant, *Werke* 8, *Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie* 2, Suhrkamp Verlag, Wiesbaden 1968, S. 487.

³ Max Salomon, en su artículo «Kants Strafrecht in Beziehung zu seinem Staatsrecht», en la *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*, tomo 23 (1912), p. 1-34, investigó muy cuidadosamente el problema de la conexión del derecho penal kantiano con su derecho público, y más ampliamente, con el sistema de su filosofía en general. Este artículo de Salomon merece gran atención aún cuando sus conclusiones y resultados no sean siempre aceptables. Para una mejor comprensión del derecho penal de Kant en general, y de su justicia penal en particular, sobre todo en relación a la famosa opinión de Kant de que derecho y autorización a la coerción son una misma cosa, es extraordinariamente instructivo el artículo ya indicado de Otfried Höffe. También lo es para eliminar muchas dudas y malentendidos sobre el derecho penal kantiano.

confronta netamente con las aspiraciones ilustradas, que tenían por objetivo, humanizar el derecho penal, abolir la pena de muerte, eliminar del fin de la sanción la revancha, y poner en su lugar el miedo (dirigido, de manera preventiva, a impedir futuros actos delictivos) o la resocialización (dirigida a transformar al delincuente en un futuro miembro útil y normal de la sociedad). Con su justicia penal (*iustitia punitiva*) Kant nada, por así decirlo, contra corriente. Y dado que, en el tiempo que va desde él hasta nuestros días, dicha corriente se convirtió en una inundación, anegando enteramente la base del derecho penal (lo cual se hace visible también en los cambios de su denominación, el antiguo «derecho penal» (*Strafrecht*) se convirtió en «derecho de obligaciones» (*Schuldrecht*), en el sentido penal de la palabra «obligación»), la doctrina kantiana acerca de la justicia penal, incluida su defensa de la pena de muerte, tenía que sonar hoy como algo irremediabilmente anticuado y superado, anti-ilustrado y antihumanitario. En este sentido, se podría aducir como prueba segura de que Kant, como mínimo en este punto de su filosofía del derecho, es un pensador premoderno, que no entendió la dirección del desarrollo de la sociedad y de la historia, y que permaneció prisionero de representaciones ya muy anticuadas.

Las objeciones que hoy en día se levantan contra la justicia penal de Kant no son nuevas, ni en el tiempo ni en el contenido. Aunque ello no esté en consonancia con el proceder metódico acostumbrado, según el cual las objeciones se han de introducir solamente después de la exposición de aquello contra lo que se dirigen, mencionemos aquí no obstante dichas objeciones. Por ejemplo, en el mismo año en el que pareció la *Metafísica de las Costumbres*, Heinrich Stephani, uno de los seguidores de la filosofía wolffiana, reprochó a Kant el tener el deseo de querer castigar en «el modo del Antiguo Testamento», el que una tal inclinación era propiamente un «deseo de venganza oriental», y el que la revancha como principio punitivo era idéntica al «principio del Antiguo Testamento»⁴. De distintas maneras, más o menos desarrolladas, es empleado también este argumento en las nuevas (e incluso también en las recientes) discusiones con Kant. Por ello no es sorprendente el que, respecto a una tal argumentación, las posiciones que rechazan la doctrina de la sanción y la justicia penal de Kant en general hayan encontrado su expresión, hace ya treinta años, en Ulrich Klug, en su impresionante y también problemático lema: «Despedida de Kant y Hegel».

⁴ Las objeciones de Stephani, que se hayan en su libro *Anotaciones a los principios metafísicos de la Doctrina del derecho de Kant* (Erlangen 1797), están aquí traídas a colación por medio de otro autor. Compárese Hariolf Oberer, op. cit. S. 414.

Pero antes de dicha despedida se debería ver y oír lo que Kant realmente dijo acerca del castigo, la sanción y la justicia penal. De antemano está claro que una semejante tarea no puede ser de ningún modo una tarea sencilla, y mucho menos una tarea agradecida. Y ello, precisamente, porque significa tanto un examen de arraigados prejuicios (tomados también en el sentido de pre-juicios) así como la liberación de pesados estratos, que casi han tapado la originaria doctrina de la sanción de Kant. En otras palabras: una semejante tarea exige precisamente aquello que Kant mismo hizo, al tratar estos importantes significativos problemas, a saber, el intentar siempre mantenerse dentro de la base y el marco del pensamiento jurídico y no dejarse seducir nunca por el atractivo (que va parejo a una ligereza de pensamiento) de una comprensión emotiva, sentimental y «humanista» del castigo y de la justicia penal. Kant conocía y honraba demasiado bien la dignidad de los conceptos jurídicos, así como la dignidad del ámbito jurídico y del aspecto jurídico del ser humano, como para sacrificar dicha dignidad tan fácilmente y enturbiar esos conceptos de manera imprudente con contenidos de otro tipo, extrajurídicos.

Y ahora ha llegado el momento de ocuparnos nosotros mismos del problema. Lo primero que hay que considerar en la exposición de Kant es la determinación conceptual del delito y la distinción entre dos tipos fundamentales de delitos. Para Kant, «la trasgresión de la ley pública, que incapacita a quien la comete a ser ciudadano, se llama *delito sin más*» (452)⁵. Los delitos pueden dividirse en delitos privados, que pertenecen a la justicia civil, y en delitos públicos, que pertenecen a la justicia penal. Kant encuentra la razón para dicha división en el hecho de que por el delito privado se pone en peligro a una persona singular, mientras que por el delito público se pone en peligro también a la comunidad, es decir, al estado civil de la justicia distributiva⁶.

El que en el centro de la posterior exposición de Kant se encuentren propiamente los delitos públicos, es decir, la justicia penal pública, no es algo ciertamente inesperado. Ello está más bien en consonancia con la lógica de la teo-

⁵ En este texto, los números indicados entre paréntesis se refieren a la obra indicada en la nota 2.

⁶ Los ejemplos con los que Kant hace intuible esta división pueden, ciertamente, despertar dudas y ambigüedades, pero no tienen ningún significado decisivo a la hora de entender no sólo esta distinción, sino tampoco toda la subsiguiente exposición.

ría kantiana de la sanción, y más aún, en consonancia con la lógica de toda la metafísica kantiana del derecho y del Estado, cuya idea conductora es el estado civil del derecho perentorio y de la libertad asegurada. Ya de ello se puede deducir, e incluso inteligir claramente, que la justicia penal kantiana siempre servirá a la justicia distributiva de la constitución civil, es decir, que su conservación se verá como un indudable bien jurídico y político. Esta circunstancia no puede ser nunca desatendida por lo que respecta al método. Aún cuando se trate, considerado analíticamente, exclusivamente de la justicia penal, se tiene que tener siempre a la vista como trasfondo la justicia distributiva.

A partir de lo dicho, concluir que la doctrina de Kant sobre la justicia penal tiene un carácter pragmático o instrumental, sería algo tan precipitado como falso. Pues precisamente a Kant hay que atribuir el mérito indudable y duradero de haber sido capaz de permanecer con perseverancia dentro del ámbito puramente jurídico en la investigación del delito y del castigo, sin recurrir a este o aquel fin, que podría alcanzarse a través del castigo. Según su opinión, sobre la que los juristas, tanto «prácticos» como «teóricos», tendrían también hoy que pensar a fondo, «la *pena judicial (poena forensis)*, distinta de la *natural (poena naturalis)*, por la que el vicio se castigaría a sí mismo, y a la que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido* (453).

Así pues, no hay ninguna duda: el delincuente es castigado exclusivamente a causa de su delito cometido. No se da ninguna otra razón para el castigo, ni puede haberla. Igualmente tampoco se da ningún fin adicional para el castigo, ni puede haberlo, por muy humano, generoso, deseado, etc., que pueda parecer. El argumento más importante que Kant aduce a favor de esto está ligado muy estrechamente con uno de los principios más importantes de su filosofía práctica en general, con el imperativo categórico mismo, que impone, como es bien conocido, que el hombre nunca puede ser tratado meramente como medio para los fines o intenciones de otro.

La personalidad innata del delincuente mismo, contra la que no va la justicia penal de Kant nunca y bajo ningún precio, le protege de ser tratado como medio. El castigo, que Kant entiende como «un padecimiento» o como «un mal físico», el delincuente lo sufre como personalidad a causa de su delito cometido,

mas no para «sacar de este castigo algún provecho propio, ni para el delincuente mismo, ni para sus conciudadanos» (453)⁷.

Cuando Kant habla de pena y de sanción, no se encuentra en ello, evidentemente, ninguna huella de utilitarismo. Un nuevo y sobrio intérprete de la justicia penal de Kant ha hecho notar muy adecuada y certeramente que: «El castigo puede vincularse a medidas de mejora y de resocialización (lo cual atañe al *cumplimiento* de una pena, pero no al concepto de pena), pero no puede consistir *en ellos*»⁸. Por la rigurosidad y pureza de su concepto de derecho, Kant estaba muy lejos de confundir el sentido y la función de la pena con ningún tipo de fin utilitario determinado. Dentro de los límites de su derecho penal, la pena no es, ni más ni menos, otra cosa que la consecuencia jurídica necesaria de una acción ilegal punible.

Con ello hemos alcanzado la relación clave entre el delito y la pena. ¿Sobre qué se debería fundamentar esta relación? O bien, en el caso de que se formule esta pregunta al modo kantiano y con palabras de Kant: «¿Cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón de medida?» (453). Consecuente con su firme convicción, Kant no ofrece ningún otro principio, ni ningún otro criterio de medida, que el principio de la *igualdad*. La justicia penal descansa en una completa igualdad entre delito y pena. Esta igualdad, o lo que es lo mismo, este derecho a la represalia representa la esencia de la justicia penal. En una graduación, que indica una gran violencia retórica y fuerza de convicción, dice Kant: «Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasione a otro del pueblo, te lo haces a ti. Si le injurias, te injuria a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le golpeas, te golpeas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. (453-4). El delito lleva tras de sí la misma pena. La misma cualidad y cantidad, que nuestra el delito, lo muestra también la pena.

⁷ Por eso, Max Salomon tenía razón cuando escribió: «No se puede decir más tajantemente que como lo hizo Kant, el que no caben consideraciones de utilidad y finalidad en la fundamentación de la pena, sino que más bien el castigo o la pena únicamente se puede justificar por la idea de la represalia» (op. cit. p.11).

⁸ Hariolf Obere, op.cit. p. 413. Parecido también en Otfried Höffe: «La resocialización, la prevención especial y la prevención general se descartan, por tanto, como fines *últimos* de la pena, sin que con ello Kant les deniege toda justificación» (op. cit. p. 364). En el mismo contexto temático, véase Maximilian Forschner, «Kant versus Bentham» (op. cit. p. 376-398).

En eso consiste el principio que da vida a la justicia penal. Kant escribe: «Sólo el derecho a la represalia (*ius talionis*)... puede ofrecer determinadamente la cualidad y la cantidad del castigo; todos los demás fluctúan de un lado a otro y no puede adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia porque se inmiscuyen otras consideraciones (454).

Aquél que extrajera de las frases de Kant aducidas más arriba la consecuencia de que la pena para él es propiamente la venganza, cometería un error. La pena es ciertamente revancha (*Vergeltung*), pero de ninguna manera venganza (*Rache*). La justicia penal en Kant no es una justicia de la venganza, sino la justicia de la adecuación entre la consecuencia jurídica (pena) y el acto cometido (delito). Por eso, se podría también establecer, que la justicia penal kantiana es una justicia equitativa, pues a través de ella se igualan pena y delito. A esta justicia basada en la igualdad, Kant la llamó, y no por casualidad, «Zünglein an der Waage» («el fiel de la balanza»). El camino de la justicia penal, la cual es, según su naturaleza, pura, estricta y pública, es el camino de la equiparación. Este camino tiene que recorrerse sin condiciones y sin conmociones. Abandonar este camino, «inclinarse más hacia un lado que hacia otro» (453), significaría indudablemente un duro golpe, no sólo contra la justicia penal, sino también indirectamente contra la justicia distributiva como fundamento del estado legal civil entre los hombres.

Puesto que nos hemos esforzado en esta ocasión fundamentalmente en exponer y examinar las ideas centrales de Kant acerca de la justicia penal, podemos dejar a un lado tranquilamente las cuestiones de casuística, que apremian a la ley de la revancha y que en sí son muy interesantes y significativas, para pasar inmediatamente a la «pregunta de todas las preguntas», a saber, a la pregunta por la pena de muerte en el marco del derecho penal de Kant. Es conocido que esta cuestión fue siempre un punto conflictivo y una fuente inagotable de disputas. Basta con decir que Kant abogó por la pena de muerte, para que inmediatamente su justicia penal (sin ser considerada e investigada seriamente, e incluso sin tener en cuenta la fuerza y validez o la debilidad e insostenibilidad de sus fundamentos) sea rechazada de antemano como algo que especialmente desde la perspectiva actual de un derecho punitivo humanitario no merece más atención que quizás la de una antigüedad.

¿Está Kant en este punto irrecuperablemente superado? ¿Sucumbió Kant con su defensa de la pena de muerte al consecuente fin del derecho de revancha, que él entendió como el andamiaje de su justicia penal? ¿Puede ser caracterizada la defensa de Kant de la pena de muerte como «un escándalo de la filosofía jurídica»? ¿Se aparta Kant con ello de la idea conductora de la ilustración europea

que él había defendido en otros lugares? Etc. etc. Toda una serie de cuestiones semejantes podrían conectarse unas con otras casi infinitamente. Pero en vez de eso sería más útil volverse a las explicaciones mismas de Kant, para profundizar y familiarizarse con las razones, con las que Kant aclara la necesidad de la pena de muerte. Y, lo que es especialmente importante: se tiene que atender a su punto de vista y respetarlo con el pensamiento, manteniendo previamente entre límites la propia, distinta o contrapuesta posición. O sea, con otras palabras: primero enjuiciar y después condenar.

Quizá sería oportuno, familiarizarse con el problema de la pena de muerte en Kant con la ayuda de un cuadro realmente impresionante, de un cuadro, que es del todo inusual y extraño en los textos de filosofía del derecho, de un cuadro, con el que Kant expone del modo y manera más claros el núcleo de su concepción de la pena de muerte: «Aún cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (p.e. si el pueblo que habita en una isla decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo) antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentra en la cárcel, para que cada cual reciba lo que de valor hay en sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo, porque puede considerársele como partícipe de esta violación pública de la justicia» (455). Ante este cuadro apenas nadie puede permanecer indiferente, tanto si es contrario como si es partidario de la pena de muerte. Ella nos muestra, con una total transparencia e inmediatez, toda la rigurosidad impertérrita de Kant, pero también toda la radicalidad de su convicción acerca de la necesidad e inevitabilidad de la pena de muerte. Al mismo tiempo nos hace pensar en los motivos de sus razones, que Kant mismo defendió con el estatus de demostración de una gran fuerza de convicción, o propiamente indiscutible. Así pues, este cuadro nos devuelve por sí mismo al ámbito analítico, al ámbito de la argumentación kantiana a favor de la pena de muerte.

Ya se mostró ya que el derecho a la revancha es la piedra de toque de la justicia penal en Kant. Ahora es importante tener presente que el derecho a la revancha no significa homogeneidad, sino igualdad. Este derecho no exige que el castigo sea en todo homogéneo con el delito cometido (lo que sugiere el principio básico del antiguo testamento *ojo por ojo, diente por diente*), sino que lo que exige, en cualquier caso, es que la pena sea igual al delito. Pero ante un delito, el derecho a la revancha no tiene ninguna otra elección ni posibilidad, que la de equiparar la igualdad con la homogeneidad. Esto es el asesinato. ¿Por qué el asesinato según Kant únicamente puede ser castigado con la pena de muerte? ¿Por qué en este caso la justicia no puede realizarse por medio de la imposición de

otro tipo de pena distinta a la de la pena de muerte? La respuesta es sencilla. Ello es así, porque en este caso no hay ninguna sustituto equiparable a la pena de muerte. Tanto la teoría de la justicia penal como la casuística del derecho penal solamente pueden tener una opinión unitaria al respecto, a saber, que el asesinato tiene que ser castigado con la muerte; simplemente no hay otro camino para el restablecimiento del equilibrio roto, para restaurar la justicia dañada. Kant es aquí completamente claro. Sin vacilar y sin temor Kant dice del asesino, que «si ha asesinado, entonces tiene que *morir*. No hay aquí ningún equivalente que satisfaga a la justicia (...) Por consiguiente, todos los criminales que han cometido un asesinato, o también los que lo han ordenado o han participado en él, han de sufrir también la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial, según leyes universales fundamentadas a priori» (455-456).

Cuando, conforme a esto, se trate de un asesinato, «la estricta ley del talión o el estricto derecho a la represalia» (455), esta arteria de la justicia penal, exige categóricamente la pena de muerte. Repitamos en este lugar una vez más con Kant: «No hay aquí ningún equivalente que satisfaga a la justicia». En ello consiste el primer y más fuerte argumento de Kant a la hora de justificar la pena de muerte. El segundo argumento no tiene el carácter apriórico-trascendental del primero, lo cual significa que no se desarrolla a partir de los principios de la filosofía kantiana del derecho. Su origen es empírico, y puede ante todo entenderse como una confirmación suplementaria del primer argumento. Su papel, como enseguida se verá, no es el de consolidar el primer argumento, sino el de hacerlo intuible. Kant formula este argumento del siguiente modo: «Además, jamás se ha oído decir que un condenado a muerte por asesinato se haya quejado de que con ello le esté sucediendo algo excesivo y por lo tanto injusto; cualquiera se le reiría en la cara si hablara en este sentido» (456). Aunque se apoye la experiencia y no en principios teóricos, este argumento de Kant no tiene menos valor, ni puede ser subestimado. Si dejamos el resto de lado, este argumento arroja la luz de la vida inmediata, si bien de su lado degenerado, sobre la justicia penal. No sería tampoco un paso en una dirección equivocada, si en este argumento empírico se barruntara también una risa burlona que el asesino, consciente de su acto (delito) y de las consecuencias que se le avecinan, dirigiera a un adversario teórico de la pena de muerte. Y no sería la primera vez que, de este modo, la vida concreta se ríe de las altisonantes verdades de la teoría abstracta.

La comprensión de la defensa kantiana de la pena de muerte, o lo que es lo mismo, de la justicia penal kantiana permanecería totalmente incompleta, si se

desatendiese a su confrontación con Beccaria, quien fue quizá el más agudo adversario de la pena de muerte. Por el lugar y el espacio que ocupa la refutación del planteamiento de Beccaria en el análisis de Kant «Sobre el derecho penal y el derecho de gracia», así como por el hecho de que él es el único autor que es expresamente mencionado en ese análisis, es evidente que este autor italiano es el verdadero contrincante de Kant en lo que respecta a la pena de muerte. Por eso, la crítica de Kant a Beccaria tiene que ser entendida -tanto metódicamente como en lo referente a su contenido- como un componente imprescindible de su propia doctrina sobre la justicia penal. Esta crítica no es algo adyacente para él. Muy al contrario, contribuye en gran medida a la argumentación de Kant, y ya por eso merece una cuidadosa atención. Es evidente, que en este caso no es necesario que dicha consideración sea omniabarcante, por lo que algunos aspectos de la misma pueden ser aquí omitidos.

En su famoso escrito *Sobre los delitos y las penas* del año 1764, Beccaria se manifestó muy tajantemente contra la pena de muerte, fundamentando esa concepción (sin duda ilustrada) con distintos argumentos⁹. Entre estos argumentos predominan sobre todo los extrajurídicos; y de los argumentos jurídicos, el argumento fundamental y más conocido, aquel que siempre vuelve a ser aducido y sobre el que se apoya la ilegalidad de toda pena de muerte, es el de que la pena de muerte de ningún modo podría estar contenida en el contrato social o civil originario. Pues si se supusiera que ella está contenida en dicho contrato, se podría a la vez extraer la conclusión de que el asesino tendría que dar su consentimiento respecto a la pérdida de su vida, lo cual desde el punto de vista de Beccaria es imposible, pues nadie puede disponer sobre su vida. Formulado brevemente: Beccaria tenía la opinión de que el contrato social originario, con el que el Estado se forma conjuntamente con su legislación (incluida la legislación penal), es en sí un impedimento jurídico efectivo contra la pena de muerte. Por tanto, de ello resulta que la pena de muerte se opone siempre y de la manera más tajante al contrato social.

Por ello no sorprende que la concepción de Beccaria sobre la ilegalidad de la pena de muerte suscitara el rechazo de Kant, y ciertamente no sólo porque él tenía una opinión sobre dicha cuestión totalmente contrapuesta a la de Beccaria, sino también porque el propio Kant defendía la teoría del contrato social. Así

⁹ Cf. Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Glanco Masi, Livorno 1833, especialmente § XXVIII «De la pena de muerte».

pues, él tenía fuertes razones para enterarse en el modo y manera como Beccaria combatía la pena de muerte, al menos por lo que respecta al aspecto jurídico, algo que se dirigía en última instancia contra los fundamentos mismos de su filosofía jurídica y política. Por eso, su relación con Beccaria tuvo la dimensión de una confrontación frontal, y no sólo la de una crítica limitada a un problema específico. Para nuestros fines es, por supuesto, más que suficiente considerar esta estricta dimensión crítica. Digamos ya que Kant no atiende en absoluto los argumentos extrajurídicos de Beccaria, sino que se concentra exclusivamente en el argumento jurídico indicado. Esto está doblemente justificado. Por un lado se trata de un argumento poderoso de Beccaria, y por otro lado concuerda enteramente con el hecho de que en sus enjuiciamientos sobre la pena de muerte, como se mostró, Kant se mantiene estricta y consecuentemente en los límites del derecho. Esto significa que Kant discute con Beccaria sobre una base jurídica común, tomando además a su contrario por su lado fuerte. Éste es un modelo de polémica, que ya en sí merece una especial atención.

Kant encuentra el origen de la afirmación de Beccaria acerca de la ilegalidad de toda pena de muerte «en el sentimentalismo compasivo de un humanitarismo afectado» (457). La polémica, de este modo establecida contra Beccaria y tras citar el argumento principal del mismo, alcanza su punto más álgido con las siguientes palabras: «todo esto es sofistería y rabulismo» (457). La siguiente y rica exposición argumentada de Kant atestigua que aunque sus duras palabras parecen a primera vista groseras y desproporcionadas, sin embargo, no son en absoluto ni infundadas ni exageradas. Si el argumento jurídico de Beccaria significa que nadie, ni tampoco el asesino, había dado su consentimiento a la pérdida de su vida con el contrato social, entonces Kant contesta con la siguiente afirmación: «Nadie sufre un castigo porque él lo haya querido, sino porque ha querido una *acción punible*» (457). Incluso si tras esta afirmación no siguiera ninguna otra justificación argumentativa, aún así ella, por su incomparable concisión y fuerza de convicción, es más que suficientemente para aniquilar el argumento de Beccaria. De un solo golpe consigue Kant poner en evidencia y quitarle toda la fuerza al argumento de Beccaria en contra la pena de muerte, un argumento —y eso es realmente difícil de explicar— que todavía hoy disfruta de una buena reputación y que encuentra siempre nuevo partidarios.

Pero esto no significa, de ningún modo, que nos debamos quedar en el argumento de Kant aducido, aunque juega el papel fundamental en la refutación de la opinión de Beccaria. Es necesario dar más pasos y seguir la serie continua de

argumentaciones kantianas, cuyo comienzo, pero solamente el comienzo, expone el argumento mencionado. Al desplegar su polémica contra el principal argumento jurídico de Beccaria, Kant se apoya en una diferencia delicada y de gran alcance, que atraviesa toda su filosofía. Se trata de la distinción entre el mundo empírico-fenoménico y el mundo inteligible-nouménico, a los que el hombre pertenece a la vez. Como en otros lugares, esta distinción muestra también aquí su fuerza y su significado. Lo mejor sería dar directamente la palabra a Kant: «Yo, como colegislador que dicta la ley penal, no puedo ser la misma persona que, como súbdito, es castigado con arreglo a la ley. Por tanto, cuando yo formulo una *ley penal* contra mí, como criminal, es entonces la razón pura jurídico-legisladora en mí (*homo noumenon*) la que me somete a la ley penal como alguien que es capaz de cometer crímenes, por consiguiente, como a una otra persona (*homo phenomenon*), junto con todas las demás en una asociación civil. Con otras palabras: no es el pueblo (cada individuo del mismo), quien dicta la pena de muerte, sino el tribunal (la justicia pública), y por ello alguien distinto al criminal, y en el contrato social no está contenida en modo alguno la promesa de dejarse castigar, y así de disponer de sí mismo y de su vida. Pues si la autorización a castigar tuviera como base una *promesa* del criminal de *querer* dejarse castigar, entonces se le tendría también que encomendar la tarea de considerarse punible, y el criminal sería su propio juez» (457-458).

De este modo polémico-crítico es destruido completamente el argumento jurídico de Beccaria contra la pena de muerte. Evidentemente este resultado es ya en sí importante, pero ante todo lo es porque tras esta polémica con Beccaria la justicia penal de Kant vuelve a confirmar su capacidad de verdad, reluce de nuevo con toda su fuerza y nos permite celebrar con todo derecho su triunfo. La justicia penal y la pena de muerte fueron defendidas por aquel que las había puesto en cuestión de una manera vigorosa y completa en plena Ilustración. Tal y como fueron ambas desarrolladas anteriormente, se las defiende ahora sobre la base puramente jurídica y estrictamente delimitada. Kant enseña que la justicia penal y la pena de muerte no pueden ser negadas sobre la base del derecho ni partiendo de él. Mientras estemos sobre esa base —¿y tienen propiamente los juristas otra?— tenemos que aceptar esas consecuencias. Mientras nos esforcemos por la pureza del punto de vista *jurídico* y por la dignidad de los conceptos *jurídicos*, tendremos que examinar minuciosamente estas cuestiones límites esenciales de la existencia humana en el modo y en el sentido como lo hace Kant. Ciertamente también existen otros puntos de vista, y Kant era totalmente consciente de que en estas cuestiones se entremezclan otras consideraciones. Desde tales

puntos de vista y por ellos, la pena de muerte no es una consecuencia inevitable de los delitos de asesinato. Pero tampoco se debe olvidar, que con ello se abandona igualmente el ámbito del derecho y del enjuiciamiento jurídico. Éste ya no es el plano sobre el que Kant trataba la justicia penal y la pena de muerte. Es un plano en el que la cuestión se perfila con unos contornos enteramente distintos y de una forma completamente diferente. Al igual que su solución.

* * *

La justicia penal de Kant descansa sobre el derecho de revancha, que él fundamenta y respalda desde su filosofía del derecho, en lo cual no vacila ni siquiera ante la pena de muerte, la única consecuencia jurídica para el delito de asesinato que satisface completamente el principio de la igualdad. Por tanto, esa justicia penal rechaza convertirse en medio para la consecución de otros fines, sin importar cómo puedan estar éstos determinados, ni si son más elevados. Cualquier tipo de utilitarismo le es ajeno y lejano. Tal y como Kant la expone y defiende, la justicia penal tiene que ser protegida en su territorio jurídico inviolable contra la invasión de otras perspectivas, como la sociológica, la psicológica, la antropológica, la política y la religiosa entre otras. Y, sin embargo, tampoco ella puede ser entendida como un fin para sí absoluto. Ella tiene que ser vista más bien como medio, pero como medio que permanece también en los límites del derecho, puesto que sirve para el mantenimiento y la confirmación del altísimo valor jurídico de la justicia distributiva, es decir, del estado civil de la libertad legal. Solamente si se mantiene a la vista esta relación entre justicia penal y justicia distributiva, se pueden entender dos dichos determinantes y decisivos de Kant sobre la justicia en toda su dimensión y verdadero significado, que no casualmente fueron precisamente pronunciados en el marco de la exposición del derecho penal. El primero es: «Si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra». Y el segundo: «La justicia deja de serlo, cuando se entrega por algún precio» (453).

Ambas proposiciones podrían y tendrían que estar en las entradas de todas las Facultades de derecho y de todos los tribunales del mundo.