

KANT, EL PRIMER SISTEMATIZADOR PARA EL DERECHO PENAL

MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Resumen

Los procesos sociales de castigo han sido advertidos en todos los modelos u organizaciones humanas que la antropología ha descrito. Sin embargo, de ello no se deduce que, con fundamento en la teoría de sistemas, haya existido siempre una estructura penal sistémica que dé cuenta de la función punitiva del Estado. Pese a las incursiones discursivas que la historia devela, como la obra de Beccaría, quien primeramente formula una sistematización jurídica que incluye el discurso apropiado para ello del derecho penal, fue precisamente Kant, en *Metafísica de las costumbres*. La obra como tal es una propuesta sistémica del derecho en general, en que propone una taxonomía global dentro de la que el penal hace parte determinante del derecho público. A partir de ahí, opera las bases del derecho penal subjetivo, esto es, aquel cuyos fundamentos revelan la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad.

Palabras clave: castigo social, derecho, estructura, Kant, Hegel, Historia del derecho penal, Luhman, metafísica de las costumbres, penal, responsabilidad, sistema, teoría.

El autor: Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la misma universidad. Docente investigador de la Universidad Católica de Colombia y del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios – ILAE. Correo electrónico: mfmoya@ucatolica.edu.co.

Recibido: 15 de enero del 2010; *evaluado:* 15 de junio del 2010; *aceptado:* 20 de octubre del 2010.

KANT, FIRTS SYSTEMATIZED FOR CRIMINAL LAW

MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Abstract

Social processes have been warned of punishment in all models or human organizations that anthropology has described. However, it does not follow that, based on systems theory, has always existed a criminal systemic structure that accounts for the punitive function of the state. Although the incursions discursive history reveals, as the work of Beccaria, who first made a legal systematization includes appropriate for this discourse of criminal law, it was precisely Kant's *Metaphysics of Morals*. The work itself is a proposed system of law in general, which proposes a global taxonomy with in which the penalty factor is part of public law. From there it operates the subjective bases of criminal law, that is, one whose foundations reveal the guilt as a basis of liability.

Key words: social punishment, law, structure, Kant, Hegel, history of criminal law, Luhman, metaphysics of morals, criminal liability, system, theory.

The author: Lawyer graduated from the Uinversidad Externado de Colombia, Doctor in Sociology Legal and Political Institutions of the same university. Teaching and research at the Universidad Católica de Colombia y del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios – ILAE. Email: mfmoya@ucatolica.edu.co.

Received: January 15, 2010; *evaluated:* June 15, 2010, *accepted:* 20 October 2010.

Introducción

El discurso decimonónico del derecho penal fue el que prescribió la definición del delito como conducta típica, antijurídica y culpable. Mas no fue así siempre, y de hecho no se descubre un movimiento *evolutivo* de la teoría del derecho que adquiriera el cuerpo positivista del siglo XIX, sino hasta la aparición de los primeros sistematizadores, quienes procuraron las bases de las teorías de los siglos XX y XXI. Es sobre ese trípede en que se han venido constituyendo las propuestas estructuradas de la función punitiva del Estado, sin que la cuestionen las tendencias del derecho penal de acto o de autor, objetivo o subjetivo, clásico o positivista, finalista o estructural funcionalista.

De hecho puede apreciarse que las opciones regulares de *toma de situación* del fenómeno penal ofrecen dos alternativas generales de construcción sistémica: bien que se funden en una naturalidad original de las disposiciones penales, ora haciendo uso del presupuesto de la construcción social de las instituciones.

Así, puede fácilmente ubicarse el finalismo dentro de la primera tendencia y el estructural funcionalismo en la segunda. Si se sigue un barrido histórico se halla que las mismas dos tendencias fueron inauguradas filosóficamente por Aristóteles y Platón, respectivamente, y que serían Kant y Hegel quienes a partir de ellas formularan una propuesta estructural del derecho en general, y del derecho penal en particular.

Desde luego, al referir el término *sistema* se prefiere el concepto luhmaniano, por suerte que no se piensa en que habría sido Kant el primer proponente de una base teórica para el derecho penal, antes que él hablaron otros como Sprenger, Agustín, el mismo Tomás de Aquino, e incluso obras anteriores a todos como el *Corpus Iuris Civilis* o el *Código de Hammurabi* habían hecho incursiones en el terreno del castigo social. No obstante, ninguna de ellas hasta entonces propuso generar un sistema jurídico al que engranara naturalmente el derecho penal, conforme a una concepción tanto filosófica como política del derecho.

Hegel posteriormente sería contestatario de su maestro; sin embargo esta primera parte del estudio está dedicada fundamentalmente a Kant, y en una segunda entrega se abordará la sistemática hegeliana.

Se desarrollarán los presupuestos del derecho penal planteados por Kant en *Metafísica de las costumbres*, donde se engendran los presupuestos sistematizadores del derecho penal subjetivo, esto es, el basado en la culpabilidad como categoría fundamentadora de la responsabilidad penal.

Presupuestos para la comprensión del derecho penal como sistema

Sea que se tome el constructo de análisis socio-antropológico de Lewis H. Morgan,¹ o se prefiera, al otro extremo, contemporizar con el de Lévy-Strauss,² todas las agrupaciones humanas, al menos las que evidencian algún grado de complejidad, han suscitado prácticas *sociales* de castigo [se acentúa su condición de *social* en tanto no se están refiriendo, o mejor, se están excluyendo del texto deliberadamente, todas las formas de castigo dentro de organizaciones más básicas y que se realizan en su intimidad, efecto de la obsecuencia de los comportamientos legislados dentro de, por ejemplo, una familia] caracterizadas, ante todo, por un imponente contenido simbólico, mediante el cual se aflige metódicamente con fines ultrajurídicos: para conjurar desavenencias con las divinidades, ora con hombres específicos, o acaso con otros grupos, incluso para mediatizar o sublimar la vindicta como modelo de protección y autoafirmación del poder.³

Si bien históricamente el castigo penal surge y se mantiene consulto de comunes cualidades, resultaría demasiado aventurado derivar de ahí la existencia de un sistema penal permanente —históricamente hablando—, es decir, pretender que por ello siempre se ha dispuesto de un sistema social de castigo. Con propósitos aclaratorios, y siendo acaso más que vernáculos, podríamos tomar las prácticas de castigo operadas en algunas comunidades indígenas de Colombia, así por ejemplo, los azotes, frecuentes en algunas comunidades del Valle del Cauca, o la famosa *já-quima*, ceremonia en la que, por decirlo a la manera occidentalizada, se pronuncia una “sentencia y se ejecuta el castigo que produce la comunidad contra el procesado”. Ciertamente la consecuencia es, al cabo, un castigo, bien sean los azotes, o la devolución a cada miembro de la comunidad de algo de difícil o muy difícil obtención, como un racimo de plátanos en la selva amazónica hurtado a sólo uno de ellos. Al igual que la prisión o la multa, y como éstas, tienen vocación afflictiva

¹ MORGAN, Lewis Henry. *La sociedad primitiva*. Madrid: Ayuso, 1980.

² LÉVY-STRAUSS, Claude. *Las estructuras elementales del parentesco*. Barcelona: Planeta Agostini, 1985.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte general*, segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 2002.

y de reconducción individual, a la manera de una prevención especial; y a su vez pretensiones profilácticas de la comunidad, consecuencia de lo cual seguramente habrá de hallarse nada más que efectos preventivo-generales, en tanto se realiza a luz pública y con asistencia de la comunidad para afectarla en un cierto sentido intimidatorio por anticipación. Pero de ello no se deriva inevitablemente que las comunidades aludidas fundamenten estas prácticas en una cualquiera de las escuelas tradicionales del derecho penal, a la manera en que podemos hacer asociaciones de éstas, así resulten forzadas o ligeras, con el Código Penal; ni muchísimo menos que haya prescrito otra paralela.⁴

Los sistemas no suelen estar definidos por sus elementos individualmente considerados, sino por la manera como se estructuran y generan una entidad que se distingue de ellos.

Entonces tendríamos que el castigo no se soporta necesariamente en la existencia de un sistema penal, ni constituye la esencia de su desenvolvimiento, si por tal se entiende un complejo de control consolidado en torno a un método dinámico y subtendido por la producción permanente de sentido con fundamento en uno o varios discursos que constituyen en sí una plataforma comunicativa. El castigo, al fin y al cabo, puede ser nada más que ortopedia social, como lo ha sido la terapéutica de la enfermedad física o mental e, incluso espiritual. En cambio, en el curso del sistema su método informa una praxis autorreferencial, capaz de integrarse a otros sistemas para concatenarse a estructuras mayores, es decir, produce sentido, genera su verdad, al tiempo que es configurativo de un criterio meridional en cuanto informa tanto positiva como negativamente las prácticas de castigo: las admitidas y las excluidas. Por otra parte, se sustenta en un cierto sentido comunicativo con cuerpo de discurso apropiado para articular la subestructura penal con la superestructura jurídica general, tanto nacional como —tal y como se percibe actualmente— también internacional, un discurso capaz de decir lo que tiene que decir y desatar así una práctica comunicativa permanente.

Observó Luhman⁵ que resultan connaturales a los sistemas, y acaso más que ello, resultan necesarios en tanto condición de existencia, el ser tanto *autopoiéticos*, como el subtenerse mediante el entorno para su sostenibilidad comunicativa. Es autopoiético porque un sistema se autoproduce, es decir, es autorreferente y concurre heterológicamente a la producción de su propio saber, incluso, aseguraríamos que a

⁴ GROSSO, G. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2006.

⁵ LUHMAN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, Herder, 2007.

su propio ser. Y en cuanto operativo, es tanto constituyente como constituido; es, por decirlo a la manera de Lacan, hablado con manifiesto predominio del significante, lo cual se opera mediante el intercambio de significaciones socialmente compartidas, que a su vez demanda la aceptación social, basada en la creencia generalizada de su existencia, de condiciones actuales de capacidad de diálogo, *de su diálogo*. Tal el entorno [como en otras ocasiones hemos tenido oportunidad de afirmarlo, el concepto de entorno luhmaniano coincide con el de *trasfondo*, propio de la filosofía del lenguaje, y el de hábitus, más familiar a la teoría de los campos en sociología].⁶

Sin autopoiesis ni entorno no puede surgir y tanto menos sostenerse una estructura, porque los sistemas se alimentan de sí mismos, y para ello deben ser capaces de hacerlo. Es indudable que hubo tentativas con pretensiones sistematizadoras desde tiempos antiguos, ¿cómo desconocer la aparición histórica de descripciones, justificaciones y, en fin, conceptualizaciones sobre las penas y el castigo como el *Código de Hammurabi*⁷ o el *Malleus Maleficarum* de Kramer y Sprenger, *La ciudad de Dios* de Agustín de Hipona o la *Suma teológica* de Tomás de Aquino. Pero es que un sistema penal, si bien reclama por condición hablar de castigos y delitos, no consiste nada más que en ello. La estructura, para ser tal, demanda condiciones que no se satisfacen nada más que hablando de lo que en la historia terminará llamándose derecho penal. Como se observó, un sistema es expresivo de ciertas complejas características aptas para concertar una estructura. En la *Biblia* se habla de delitos y penas, mas no por eso existe un sistema penal en ella, donde no se hallan sino las más básicas categorías penales y ni siquiera son tomadas por tales. Tampoco en Beccaría,⁸ menos aún en Howard, se encuentran las huellas de un sistema, quien refiere, como sus predecesores, elementos aislados necesarios para una estructura pero está bien lejos de constituirla, entre otros motivos porque tampoco fue su propósito.⁹

El discurso metódico, comunicativo, dialogante, estructurado, con proyección sistémica, esto es, tanto autopoiética como fundamentada en un entorno, empieza a producirse a finales del siglo XVIII y, más sentidamente, en el preludio del siglo XIX, es entonces cuando empieza a constituirse el castigo social como sistema, lo que no implica que el surgimiento de los sistemas penales conformen el pedestal o ensueño cimero de una evolución del castigo con curso darwiniano. Al fin y al cabo el discurso del castigo como

⁶ MOYA, Manuel Fernando. *Los fallos penales por inasistencia alimentaria: un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2007.

⁷ HAMMURABI. *Código de Hammurabi*. Madrid: Tecnos, 1986.

⁸ BECCARÍA, Cesare. *De los delitos y las penas*. Bogotá: Temis, 2006.

⁹ ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal. Parte general*, segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 2002.

estructurante de un sistema penal hunde sus orígenes en sus primeros constituyentes, es decir, Kant¹⁰ y Hegel,¹¹ antes de ellos la historia no descubre tentativas semejantes a las vertidas en *Metafísica de las costumbres* o en *Principios de la filosofía del derecho*. Ni mucho menos se descubre una continuidad que hayan ellos pretendido asumir en la linealidad de una historia específica del castigo, antes bien en la deconstrucción historiográfica asoma, por cierto con descaro, una cierta ruptura que el totalitarismo y la hegemonía feudales habrán de lamentar [aún hoy...].

De ahí que a propósito de las formas de castigo social anteriores al siglo XIX su historiografía revele una indiscutible carencia de discurso, pese a las aproximaciones mencionadas, y evidencie una no menos inexorable circunstancialidad de los métodos. Se cuestionaría entonces su *eidós* en perspectiva social, si se pretendiese encontrar en su rastro lo que un sistema origina en tanto fenómeno. Así que en la historia se descubren extremidades penales a veces sucediéndose inexplicablemente, o coexistiendo yuxtapuestas pese a sus profundas incompatibilidades: un magistrado que sugiere al pueblo una sentencia que éste avala o no, con independencia de la expresividad de los medios de convicción, pero altamente acusatorio y adversarial [*provocatio ad populum*], que al cabo termina siendo sustituido por un tribunal permanente [*quaestores perpetuae*] y que se convierte finalmente en un proceso cerrado, con un juez instructor que también juzga dentro de un proceso monofásico [*cognitio extraordinem*]. Penas que van de la inmersión en el río Tíber o el precipicio desde la roca Tarpeia, hasta la decapitación y la crucifixión. Formas de producción de la verdad judicial oscilante entre la indagación y las verdades eternas. Formas penales cuya existencia no se corresponde con el constructo jurídico restante [al tiempo que el *pater* disponía del *ius vitae et necis* —poder dar muerte a sus dependientes—, podía incurrir en uxoricidio o en asesinato de sus hijos].¹² O formas penales cuya inexistencia no se articula con la estructura jurídica aparente [existía el derecho a pedir alimentos al menos, pero su incumplimiento no acarrea ninguna consecuencia de exigibilidad por la vía penal, al menos hasta bien entrado el siglo V]; la explicación religiosa de unas formas penales [la primera manifestación de la punición de la inasistencia alimentaria].¹³

Ello no es más que sintomático de que el pueblo más *augusto* en la producción estructural del derecho civil jamás produjo un auténtico sistema penal, y las prácticas

¹⁰ KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Bogotá: Tecnos, 1989.

¹¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Barcelona: Edhasa, 1999.

¹² PUGLIESE, G. *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova: Piccin, 1986.

¹³ MOYA, V. *Los fallos penales por inasistencia alimentaria*. Op cit.

sociales de castigo no se corresponden con la estructura del derecho quirritario; o, cómo el pueblo más distinguido en el imago filosofal y político tampoco se lo propuso, ¡acaso resultaba controvertible hasta la más absoluta contradicción la pretensión de un derecho penal basado en los oráculos!, o más bien porque pudiera dejar en entredicho la configuración política misma. Estas, las tradicionales cunas y topos del derecho, la filosofía y la política, no lo fueron en cuanto y tanto para el castigo social. Habría que esperar otros orígenes para que desarrollara la suficiente fuerza y así manar en los distintos presentes y anunciar la inmanencia del futuro cada vez menos dispar.

Hasta poco después de superada la Revolución francesa, o lo que ha sido así designado, adjunta la pretensión del positivismo de cientificar todo aquello que se estimase valioso, fue cuando empezó a producirse una auténtica producción sistematizadora del derecho al castigo social. ¿Por qué hasta entonces sucedió y qué pasaba antes? Esta inquietud puede tener explicación en que dentro del modelo feudal era hasta indeseable disponer de un sistema penal; o también porque el derecho se constituyó en objeto científico hasta bien entrada la arremetida positivista. Y, ¿por qué no ha dejado de sistematizarse a partir de entonces, antes bien cada vez con mayor determinación? Esta otra inquietud podría hallar una probable explicación en el posicionamiento adquirido lentamente pero cada vez más con más determinación, del Estado de derecho, de una forma muy similar como el mismo psicoanálisis adquirió jerarquía dentro de esa concepción constitucional. Precisamente la ausencia de un sistema en materia de castigo penal, como en casi todo lo que permita sojuzgar personas, sectores sociales o, acaso, pueblos enteros, queda fuera del heterocontrol, proporcionando condiciones de contingencia y versatilidad imprevisibles por los opositores del *status quo*, tal y como se puede apreciar en el surgimiento de la *congnitio extra ordinem* frente a la incontrollable anarquía militar en la época del dominado dentro del imperio romano. ¿Es que acaso era probable afrontar *legalmente* la sublevación por medio de los *quaestores perpetuae* o de la *provocatio ad populum*? Si hubiese existido por aquel entonces un sistema penal los juristas habrían hecho trizas semejante invento, o los prefectos del pretorio habrían tenido que llevar a sus límites la imaginación para justificar la necesidad de otro sistema, tal y como sucedió con el derecho civil, el cual dejó de ser clásico para inaugurar el posclásico con el advenimiento de la *congnitio*.

El poder penal asistémico es la condición más oportuna para un ejercicio del castigo fuera de control, es *imperium* de corte monárquico y absoluto; es, al cabo, tiranía pura. No en vano los procesos de sistematización penal vienen anejos a los macroprocesos de reivindicación de derechos y garantías mínimos, como eje que descubre

un límite inmanente al ejercicio del poder soberano, desde luego mucho menos soberano que el de antes [dentro de la concepción más ortodoxa de la soberanía entendido a la manera de Bodin, como poder ilimitado]. Ciertamente el absolutismo y la hegemonía del poder miran con temor la sistematización del control penal.

Al advenir las obras referidas de Kant y Hegel se encuentra que formularon un desarrollo integral —dentro de los márgenes del universo jurídico de la época— del derecho. Los dos propusieron *un sistema jurídico* y dentro de él aparece el subsistema penal. Si hay algo común a sus obras fue precisamente que tomaron el derecho en sus distintas vertientes, y desde luego, hicieron un discurso integrado como sistema jurídico que cubre tanto el derecho civil o privado, o como lo dice Kant, el público, e incluso, hablaron del derecho político y del derecho internacional, lo que dista muchísimo de las obras eximias que los precedieron. Obsérvese por ejemplo cómo el *Palimsesto* de Verona¹⁴ no se ocupa más que del derecho civil [ciertamente habla de los delitos, entendidos éstos como ilícitos civiles, pero no hace mención y mucho menos desarrolla los crímenes, que eran los que hoy denominaríamos propiamente delitos], y cómo dentro del *Corpus Iuris Civilis* el derecho penal pasa por menos, condición ésta muy visible por cierto respecto del derecho civil, pese a las trascendentes implicaciones que su ejercicio compromete, demasiado diversificadas y especificadas frente a las del *ius honorarium*. El *Malleus* más parece un manual de persecución de brujas, y la obra de Beccaría es apenas una crítica del modelo de castigo en vigencia, deshilvanada de las demás instituciones jurídicas. Son precisamente Kant y Hegel, y primeramente aquél, quienes constituyeron las bases de un cierto contenido institucional al derecho en general y al derecho penal en particular.

Pero los dos filósofos procuraron criaturas penales profundamente paralelas, incompatibles, y que en muchos aspectos hasta parecen mostrarse los dientes [ese mal llamado *neokantismo* como tentativa de aproximación al hegelianismo ha caído en la más inconcusa inopia, bastante visible por ejemplo en lo que ha sido denominado *finalismo*, que al fundamentar el castigo en un forzado y mal entendido sentido final de la acción humana, fruto directo pero retrasado de la arrogancia del psicologismo decimonónico, descontextualiza la *epistème* kantiana del libre albedrío, que antes bien parece fundamentarlo, y hostiga una derivación de responsabilidad penal basada en un esquema tan arbitrario como la clásica definición del dolo de la cual, *ex professo*, no pudo jamás zafarse y antes bien contribuyó a cohonestarla, objetivándola en el tipo, y por tanto, con el mal pretextado y contradictorio *elemento subjetivo* de

¹⁴ GAIUS. *Institutas*. Madrid: Civitas, 1985.

él, logró incrementar la liberalidad epistemológicamente subjetiva de los jueces al atribuir responsabilidad penal. Basta reparar en la jurisprudencia colombiana, capaz de decir ante un mismo caso tanto si es delito como también que no lo es, en una simultaneidad en que convergen la injusticia y la irracionalidad al juzgar, con la fácil salida de la acción final, precisamente, lo que ha dado lugar a uno de los más medievales tratamientos de la responsabilidad en el siglo XX, mediante figuras tales como la inasistencia alimentaria, parangón de lo que en Colombia, y en muchas partes más, ha servido el finalismo (*¿nacionalfinalismo?*).

La sistematización del derecho penal en *Metafísica de las costumbres*

Pues bien, siendo fieles a una cronografía en el orden de las apariciones, se encuentra inicialmente la propuesta kantiana, y unos cincuenta años después la hegeliana. Esta primera parte ausculta la primera y sienta las bases de la segunda, que será abordada en la siguiente oportunidad.

Partimos de una inicial ubicación conforme la cual, para Kant, ante todo la ley es un imperativo categórico, cuyo imperio se eleva aún por encima de las comunidades. “Ésta es la única Constitución política estable —dirá Kant—, en la que la ley ordena por sí misma y no depende de ninguna persona particular...”.¹⁵ Cualquier forma de dependencia, incluso prescrita por la misma comunidad, implica lo que llamará una contradicción, “según el principio de que nadie puede servir a dos señores”.¹⁶

No podríamos, sin embargo, afirmar que la permanencia del derecho auténtico atienda razones de orden a cualquier precio, y una inamovilidad del derecho fruto de una cierta tiranía del legislador de turno. Se aprecia, en efecto, que dentro de la perspectiva kantiana del derecho se encuentra supuesto como necesario, acaso como apriorístico e imperativo categórico, la existencia de un legislador suprahumano, llámese naturaleza o llanamente Dios, de una forma bastante parecida a como Kelsen debió suponer la existencia de una primera Constitución que otorgara legitimidad a las derivadas de ella. De donde para Kant el derecho auténtico proviene de la razón pura y se sujeta a *leyes universales*, siendo la más significativa precisamente la existencia del libre albedrío, “(...) por tanto, el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una

¹⁵ KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Bogotá: Tecnos, 1989. p. 179.

¹⁶ *Ibid.* p. 180.

ley universal de la libertad (...)”, por consiguiente, “(...) una acción es conforme a derecho cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal (...)”.¹⁷ La forma inconcusa como acoge Kant la taxonomía jurídica de Ulpiano en punto al derecho¹⁸ sugiere como muy segura la probabilidad de que, al igual que el jurista clásico, siguió el filósofo de cerca la clasificación ciceroniana del derecho, conforme con la cual podía ser de tres naturalezas: era natural cuando provenía de los dioses, civil cuando era dado por un Estado, y de gentes cuando el derecho dado por un Estado era así mismo compartido por otros muchos. Desde luego para Cicerón el derecho preclaro sería el derecho natural, pero pese a su entidad incuestionable, suprahumana e imperecedera, permitía que los pueblos se dieran normas en contradicción flagrante con él. Valga al respecto el clásico ejemplo de la esclavitud, institución propia del derecho civil, incluso del derecho de gentes, pero opuesta al derecho natural, puesto que para Cicerón —lo cual es tomado a pie juntillas por Kant—, la libertad es una de las instituciones jurídicas constituyentes de cualquier constructo jurídico. Por consiguiente, el derecho perfecto era para Cicerón el natural cuando se convertía en derecho civil y era compartido, además, por los Estados; en otros términos, el ocupado por el espacio secante que se presenta entre las figuraciones circulares de los tres universos jurídicos. Pero tal derecho perfecto, para Kant al igual que para Cicerón, así mismo provendría de un legislador supremo: “(...) La ley que nos obliga *a priori* e incondicionadamente según nuestra propia razón, puede también expresarse como procediendo de la voluntad de un legislador supremo, es decir, de un legislador que sólo tiene derechos y ningún deber [por lo tanto, una voluntad divina; pero esto sólo supone la idea de un ser moral, cuya voluntad es ley para todos, sin pensarlo, sin embargo, como autor de la ley] (...)”.¹⁹

Más adelante dirá Kant: “Yo, como colegislador que decreta la ley penal, no puedo ser la misma persona que, como súbdito, es castigada según la ley; porque como tal, es decir, como criminal, no puedo tener un voto en la legislación (el legislador es santo)”.²⁰

Desde esta perspectiva, si la comunidad se encuentra sujeta a un derecho fruto de la razón pura, se explicaría entonces el porqué la única Constitución política válida es la del imperio absoluto de dicha ley, y cualquier tentativa de cambiar tal estado de cosas jurídico-políticas es contranatura, anómica y reprochable.

¹⁷ Ibid. p. 39.

¹⁸ Ibid. p. 47.

¹⁹ Ibid. p. 35.

²⁰ Ibid. p. 171.

Kant concluye la introducción a *Metafísica de las costumbres* formulando una propuesta sistemática del derecho. Prescribe una división general de los deberes jurídicos, una división general de los derechos y una división de la metafísica de las costumbres en general. Ubica el derecho penal dentro del derecho público, conforme a una teoría general de los deberes jurídicos. De esta forma articula el discurso penal que propone, a un sistema jurídico ordenado por una visión fundamental, según la cual, toda estructura jurídica parte de la existencia de un derecho natural que es la libertad, particularmente determinante en el derecho penal de frente al principio de culpabilidad que desarrolla.

Tal la visión fundamental del derecho por Kant, la cual tiene proyecciones inevitables sobre su concepción filosófica, que si bien puede en algunas conclusiones desconolar al penalista contemporáneo, no se presta a duda acerca del planteamiento de un derecho penal eminentemente subjetivo [en nada riñe con esta afirmación la publicación, incluso anterior a Kant, de las angustiosas tentativas de Beccaría por *humanizar las penas* que, sin embargo, no pasó de ser una reubicación aparente del castigo, apropiada para un sistema de control en que pesa más lo supuesto que lo visible, tal y como lo develó Foucault.²¹ Convendría ahora mismo llamar la atención sobre la diferencia de subjetividad planteada por los dos; la de Kant es evidentemente epistemológica, en tanto que la de Beccaría es asiduamente ontológica]. De hecho, en *Metafísica de las costumbres*, antes de asumir su concepción sobre el derecho penal propiamente dicho, la primera avanzada se orienta a aclarar de lo que se trata su concepción del derecho penal. Verificó pues Kant aun dentro de la propia introducción, a propósito del estado de necesidad tomado como pretexto para denotar que no puede generar irreprochabilidad sino impunidad, por cuanto el acto, pese a la necesidad, sigue siendo objeto de reproche, pero su visión se altera precisamente en cuanto no resulta susceptible de castigo penal. Empero, "(...) por una asombrosa confusión de los jurisconsultos, esta impunidad subjetiva se tiene por objetiva [conforme a la ley] (...)"²² Precisamente la confusión denunciada obedece a que el filósofo veía como fundamento del castigo lo que hoy decididamente llamaríamos *culpabilidad* —la llama reprochabilidad—, mientras que sus detractores estimaban el delito mismo como base del castigo, siendo eminentemente subjetiva (ontológicamente hablando) la primera visión, al tiempo que objetiva (ontológicamente hablando) la segunda. Sin embargo, para Kant no existe más que una concepción objetiva del derecho penal (epistemológicamente hablando, ya volveremos en detalle sobre esto), lo cual no riñe con la inclusión

²¹ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. México: Siglo XXI, 1980.

²² *Ibid.* p. 46.

en la ley, de suyo, de elementos necesarios ontológicamente subjetivos, como es, precisamente, el único derecho natural que halló, esto es, el libre arbitrio, luego la visión contraria le resultaba tan inconcebible que la reputaba sin reato alguno como *error* de los jurisconsultos que así pensaban.

La primera manifestación sistematizadora del derecho penal propiamente abordada indica la función punitiva del Estado, en tanto definido como el derecho que asiste al soberano para castigar a quienes le están sometidos, esto es, *el derecho de imponerle una pena por su delito*.²³ Ubicaba Kant el derecho penal dentro del llamado derecho público, resultando de ello la concentración en el Estado del poder sancionatorio, del cual no obstante estaba sustraído el jefe supremo del Estado, conforme a una cierta lógica que excluía la contradicción fundamental de ejecutar el poder punitivo pero al propio tiempo poder ser ejecutado por él —una especie de suicidio no parecía consecuente con la idea de conservación del sistema—. Por otra parte, como en casi toda visión de lo jurídico, tomó las ideas fundamentales del derecho romano, distinguiendo entre crímenes públicos y privados, para derivar un criterio de competencia material entre la jurisdicción criminal y la jurisdicción civil, sin que mutase por ello la condición estacionaria de estar el poder sancionatorio invariablemente en cabeza del Estado. Los delitos públicos los dividió a su vez entre abyectos y violentos.

Es en desarrollo del concepto de castigo donde surgieron los bastiones de subten-sión y constructivismo de su sistema penal, el cual tiene por pivote el ser la ley penal un imperativo categórico.²⁴ Inicialmente propuso una distinción básica entre pena natural y pena judicial; aquella fue definida por el apotegma conforme al cual el vicio se castiga a sí mismo, sin que interese mayormente al legislador; ésta, en cambio, la connotó simplemente por ser impuesta por el juez, que es de la que se ocupa en su visión sistematizadora y de la cual observa que bajo circunstancia alguna podía servir de beneficio para el delincuente ni para la sociedad civil; agregaríamos, tampoco para la víctima. Es así que en Kant esta pena se impone al declarado responsable nada más *porque ha delinquido*. Tal contemplación es sustentada en el hecho de ser impropio de la razón el que un hombre sirva como medio para los propósitos de otro, ni mucho menos reducirlo a la condición de objeto de cualquier derecho real. Obsérvese que tal perspectiva atiende a la idea original y también fundamentadora de toda doctrina jurídica: la ley universal de la libertad como condición natural, que no puede perderse jurídicamente hablando, pese a ser posible perder la personalidad civil. La proscripción de la instrumentalidad

²³ Ibid. p. 166.

²⁴ Ibid. p. 166.

del ser humano en la filosofía kantiana choca de frente con cualquier pretensión preventivo general de la pena, puesto que de una otra forma esta teoría promueve un cierto servicio del castigado a favor de la sociedad.

Es menester mencionar la diferencia de la propuesta de Beccaría sobre el particular, en cuyo pensamiento es la aceptación de ser castigado ante la violación de la ley penal lo que suscita la adherencia a un contrato social original, mientras que en Kant el delincuente no quiere ser castigado, antes bien, ha concitado la acción punible y, por consiguiente, de ello brota la eventualidad del castigo, es decir, en tanto y cuanto no puede fraccionar la ley el querer la conducta prohibida arrastra la consecuencia del castigo objetivamente hablando —en sentido epistemológico—, lo que no implica que el delincuente quiera el castigo mismo, sólo lo podría desear “indirectamente”, y por ello estima fementido lo que llamó “sentimentalismo compasivo de un humanitarismo afectado” en Beccaría, su rechazo a la pena de muerte basado en una lógica constitucional conforme con la cual al no existir voluntad de morir cuestiona el fundamento constitucional mismo de la pena de muerte, en la medida que nadie aceptaría deliberadamente perder la vida.²⁵

El fundamento de la pena, afirmó Kant, surge del haber sido juzgado *digno de castigo*, y su determinación ha de ser directamente proporcional a la *maldad interna de los criminales (aunque no se tratara de un homicidio, sino de otro crimen de Estado que sólo la muerte puede borrar)*.²⁶ Ya el análisis precipitado acerca del estado de necesidad y su ubicación dentro de la construcción penal que plantea formula una connotación fundamental que excluye la punibilidad para quien actúa sin culpabilidad, es decir, el responsable es el que anida en su interior la maldad interna y ésta será la medida determinadora de su pena; en consecuencia, persona alguna que sin reflejo de maldad interior haya actuado, podrá ser castigada aun cuando haya infringido el imperativo categórico que es la ley penal. Surge entonces una inquietud primordial: ¿por qué la maldad, o si se prefiere llamarla *culpabilidad* en este momento, no es asimismo un imperativo categórico en tanto su ser inmanente le otorga carácter impostergerable más allá de la propia ley? La respuesta no se hace esperar en cuanto no era preciso distinguirla como imperativo categórico, porque para Kant hace parte de la ley misma. En efecto, sostuvo:

Toda legislación (prescriba acciones internas o externas, y éstas, bien a priori mediante la mera razón, bien mediante el arbitrio ajeno) comprende dos elementos: primero, una ley que representa objetivamente como necesaria la

²⁵ Ibid. p. 171.

²⁶ Ibid. p. 169.

acción que debe suceder, es decir, que convierte la acción en deber; segundo, un móvil que liga subjetivamente con la representación de la ley el fundamento de determinación del arbitrio para la realización de esa acción; por tanto el segundo elemento consiste en que la ley hace del deber un móvil. Por medio del primer elemento la acción se representa como deber, lo cual es un conocimiento meramente teórico de la posible determinación del arbitrio, es decir, de la regla práctica; por medio del segundo, la obligación de obrar de este modo se une en el sujeto con un fundamento de determinación del arbitrio en general. (...)

Partimos del presupuesto global del derecho como condición inmanente de su ser eidético, que señala la preexistencia del libre arbitrio del cual habrá de decir Kant que es el único derecho natural y auténtico, de donde finalmente derivan todos los demás. Desde ese punto de vista la condición misma del ser persona está informada de la libertad de dirigir el arbitrio, no sólo el deseo en bruto, sino éste razonado, convertido en pensamiento y por consiguiente, pasado por el filtro de la motilidad, para convertirse finalmente en acción o exteriorización de la libertad ejecutada. Así pues, hace parte de la ley en tanto subtiende la prescripción legal con la determinación del sujeto en el sentido de informar su arbitrio de alguna representación que quiere ser acción. Es importante entonces destacar que Kant no habla de una subjetividad epistemológica, sino eminentemente ontológica. Al fin y al cabo sería incomprendible que un filósofo de su talla no haya atisbado que cualquier institución jurídica no puede, en manera alguna, ser epistemológicamente subjetiva, al menos sin caer en la injusticia que auspicia la lisonja y la arbitrariedad. En efecto, para Kant la ley superior no depende de la voluntad humana, sino de algo que la supera, como dijimos, una voluntad divina o acaso natural; desde este punto de vista la ley perfecta no es otra cosa que epistemológicamente objetiva, puesto que no depende de quien la enuncia; y el que incluya la libertad del arbitrio en tanto medio de convergencia de la ley con la acción del sujeto, no la torna subjetiva más que ontológicamente.

Al forjar referencias mucho más específicas a la culpabilidad, curiosamente Kant se separa de la visión justiniana y pareciera adherirse a la *gayana* [improbable sin embargo, en tanto el *Palimsesto* de Verona apareció muchos años después], no hablará pues de culpa lata, *casus*, etcétera, sino apenas de culpa y dolo, "(...) un acto contrario al deber se llama transgresión (*reatus*) (...) Una transgresión no intencionada que, sin embargo, puede imputarse, se llama simple culpa (*culpa*). Una intencionada (es decir, la que está ligada a la conciencia de ser una transgresión) se llama delito (*dolus*) (...)"²⁷

²⁷ Ibid. p. 30.

De donde surge que no es probable en la sistemática kantiana una responsabilidad fuera de cualquier forma de culpabilidad, en sus dos extremidades comúnmente señaladas como dolo y culpa, invariablemente consideradas en la ley, aun así no necesariamente de manera explícita, pero siempre como *condictio inmanentis* de la responsabilidad penal. La solidez del sistema que al respecto pronunció Kant se hace visible en otro aspecto que abordó. Es así como la sistemática kantiana del derecho penal dentro de una construcción de control jurídico general lo llevó a considerar los eventos en que la ley civil choca con la penal. Estimó dos situaciones: la primera, el caso de dar muerte al hijo espurio, esto es, al que siendo extramatrimonial se introdujo en la sociedad como “de contrabando”; y el caso del militar que en defensa de su honor da muerte a quien lo atentó. Estima que si bien son dos hipótesis en que la ley penal no tiene otra respuesta que el castigo al homicida, la responsabilidad se posa entonces ya no en él, sino en la barbarie y rudimentariedad de la ley civil y, por consiguiente, la justicia que procede del Estado cede a la injusticia que procede del pueblo, aquélla objetiva, ésta subjetiva.²⁸

Pero acontecida la condición especificada, el castigo no puede evitarse, ni siquiera en su grado, “porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan los hombres sobre la tierra”.²⁹ Otra cuestión de la cual pende la sistematización kantiana es ciertamente la determinación del grado del castigo. Para este filósofo juega una especie de principio de identidad conforme el cual el individuo es en la sociedad como ésta en el individuo, acaso siguiendo la tradición de las *mores maiorum romana*, según la cual el ser social depende del hecho mismo de hacer parte de una sociedad, pero no una parte matemática, sino una parte significativamente representante de ella. A tal efecto el censor era el encargado de verificar que el ciudadano observase atentamente sus postulados en procura de mantener el *imago*, cuya paternidad se atribuyó a Rómulo; de tal origen se distingue, ante todo su atribución mística, por decir lo menos, religiosa. En el caso romano más que de una sociedad se hablaría de una familia, es decir, se es socialmente significativo a condición de hacer parte de una familia, de ahí la trascendental importancia del apellido y la designación a partir de la identidad familiar: *familia de los Julio Claudios, de los Severos, de los Antoninos*, etcétera. De esta concepción Kant sustenta la base talionesca de la graduación de la pena en términos matemáticos cuanto geométricos, en tanto el daño que se le hace a la sociedad, el individuo se lo hace a sí mismo; de donde si el individuo mata debe morir, si hurta debe perder algo similar, si hiere debe ser

²⁸ Ibid. p. 173-174.

²⁹ Ibid. p. 167.

herido a su vez. Es ésta la condición de conservar un orden justo, y cualquier sustracción es lapidariamente funesta, siendo el más caro desafío la determinación de probabilidad cuando median diferencias sociales que cuestionan la mismidad del castigo, caso en el cual la solución kantiana indica que puede seguir valiendo en cuanto a su efecto, respecto al modo de sentir de los más nobles, justificando todo un programa de sustituciones. Y ejemplifica su propuesta en el individuo violento pero distinguido que propina golpes a un inocente, quien es, no obstante, inferior al primero, a quien convendría en justicia sujetarlo a una vergüenza pública, como pedir perdón, incluso besando la mano de la víctima, o acaso reducirlo a un deshonoroso y público arresto. También halla un sustituto atendible en someter a trabajos forzados al ladrón, quien pagará lo hurtado cediendo en términos de libertad la insensatez de haber puesto en cuestión la tranquilidad que precisa la propiedad privada, puesto que dicha tranquilidad él mismo la convirtió en tensión para sí.

Sin embargo, hay un límite extensional a su propuesta de las equivalencias, donde los términos no admiten ninguna sustituibilidad: el que mata invariablemente debe morir, eso sí por orden judicial, y sin que medie cualquier forma de ultraje *que convierta en un espantajo la humanidad en la persona del que la sufre*. Para Kant este principio conforme al cual todo asesino debe morir es a tal punto insustituible que debe siempre morir hasta el último de los asesinos, aun a costa de la disolución de la sociedad, y el pueblo mismo no podría exonerar a los responsables de su suerte, porque como consecuencia de una determinación contraria todos pasarían a ser responsables, “porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia”.³⁰ No obstante, estimó que si de la ejecución surgiera la disolución misma del pueblo, podría presentarse en la escena el soberano dado el *casus necessitatis*, “para hacer él mismo de juez (representarlo) y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo, como es la deportación; pero esto no lo haría por medio de una ley pública, sino por un acto de autoridad, es decir, por un acto del derecho de majestad, que, como gracia, sólo puede ejercerse en casos aislados”.³¹

Para Kant la proporcionalidad de la pena endilgada a un grupo de personas que han sido declaradas dignas de ser castigadas, cuyo reato es de tal naturaleza que algunos de los inculcados bien merece la pena de muerte y otros no, por ejemplo haciéndose acreedores de trabajos forzados, deben ser sometidos por igual a la pena de muerte puesto que es preferible, para alcanzar la justicia, la extrema severidad

³⁰ Ibid. p. 169.

³¹ Ibid. p. 170-171.

que la extrema indulgencia; el mejor igualador de la justicia pública es la muerte. Al punto legitima la pena capital que muy limitadamente encontraría viable el derecho de gracia, apenas para los crímenes que atentan contra el magistrado, es decir, aquellos de lesa majestad, y aun así duda de su procedencia.

Kant, como lo consignamos arriba, no acepta que la legitimidad de la pena de muerte penda de la voluntad del delincuente aceptando sujetarse al castigo mediante su adherencia a un contrato social original; ello resultaría ilógico en su sentir, por cuanto tendría que ser anticipadamente su propio juez para poderse considerar responsable. A lo que se adhiere es a la ley penal, a no desear la conducta prohibida, pero si contrariando su propio parecer original opta por violar la ley penal, hay una consecuencia natural, ajena a su voluntad y a la del pueblo mismo: será castigado.

Bibliografía

- BECCARÍA, Cesare. *De los delitos y las penas*. Bogotá: Temis, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. México: Siglo XXI, 1980.
- GAIUS. *Institutas*. Madrid: Civitas, 1985.
- GROSSO, G. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2006.
- HAMMURABI. *Código de Hammurabi*. Madrid: Tecnos, 1986.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Barcelona: Edhasa, 1999.
- KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Bogotá: Tecnos, 1989.
- LÉVY-STRAUSS, Claude. *Las estructuras elementales del parentesco*. Barcelona: Planeta Agostini, 1985.
- LUHMAN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, Herder, 2007.
- MORGAN, Lewis Henry. *La sociedad primitiva*. Madrid: Ayuso, 1980.
- MOYA, Manuel Fernando. *Los fallos penales por inasistencia alimentaria: un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2007.
- PUGLIESE, G. *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova: Piccin, 1986.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte general, segunda edición*. Buenos Aires: Ediar, 2002.