Globethics Repository



Teorías absolutas de la pena
[Absolute theories of the sanction]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Durán Migliardi, Mario
Publisher	Facultad de Filosofía y Humanidades.Universidad de Chile
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-11-12 04:55:52
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/227929

Revista de Filosofía
Volumen 67, (2011) 123 - 144

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[1]

Mario Durán Migliardi
Universidad de Salamanca
Universidad de Atacama.
mduran@uda.cl

Resumen

En el marco de la discusión sobre los fines de la pena y el resurgimiento de las teorías absolutas, el presente artículo desarrolla el origen y los fundamentos de tales teorías. Examina, además, los principales postulados de la Teoría de la Retribución Moral de Inmanuel Kant para, por último, desarrollar las principales críticas a la teoría de Kant y al neo-retribucionismo.

Palabras clave: fines de la pena, teorías absolutas, retribución moral, Kant.

Abstract

Within the realm of the discussion about the aims of the sanction and the reappearance of the absolute theories, the present article develops the origin and the foundations of Such theories. It also examines the main postulates of Immanuel Kant's Theory of Moral Retribution, so as to finally develop the most important criticism to Kant´s Theory and to the neo retributism.

Key words: Aims of the sanction, Absolute theories, Moral Retribution, Kant.

[1] Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Iniciación en Investigación Conicyt-Fondecyt 2007 nº 11075088, titulado "Justificación y legitimación de la pena en el Derecho penal chileno. Análisis desde el modelo integral de la ciencia jurídico-penal", de quien el autor es investigador responsable.

1. Introducción y delimitación: Neo-retribucionistas y neo-proporcionalistas

La retribución y la prevención son los dos fundamentos acerca de los fines de la pena estatal que, históricamente, se han mantenido en permanente pugna. En este contexto, y frente a la profunda crítica a la denominada prevención general positiva y al aparente fracaso del ideal resocializador, recientemente se ha venido planteando la necesidad de *revisitar* las teorías absolutas o retributivas de la pena, con el fin de reevaluar sus posibilidades de aplicación. Así, aunque se señala a Ernst-Amadeus Wolff y a Michael Köhler, junto a sus discípulos, como los iniciadores de esta tendencia, sin lugar a dudas es el profesor Günther Jakobs quien, con su cambio radical de Luhmann a Hegel, dio partida de nacimiento al neo-retribucionismo[2].

En lo medular, se ha señalado que lo que tienen en común los diversos autores que se pueden englobar bajo esta contracorriente neoclásica, publicitada por su afán de buscar una mayor justicia, igualdad y transparencia en el ámbito de la determinación de la pena, es que intentan combatir la idea estructural de la prevención según la cual la medida de la pena se pueda ver incrementada en función de los pronósticos que se puedan hacer sobre sucesos y evoluciones futuros[3].

Los autores neoclásicos o neo-proporcionalistas han venido propugnando una concentración en las características del hecho a la hora de determinar la pena porque entendieron que las tendencias preventivo-especiales existentes hasta los años setenta y ochenta en países como Estados Unidos, Suecia o Finlandia concedían al órgano judicial una discrecionalidad excesiva que estaba conduciendo a una aplicación desigual del ordenamiento jurídico-penal y a un trato discriminatorio de determinados individuos o tipos de individuos.

Por ello, estas teorías son una reacción pendular crítica a las consecuencias prácticas que han tenido en ciertos países las orientaciones preventivo-especiales (con grandes agravaciones punitivas para autores reincidentes), buscando una pena adecuada a la conducta reprochable del autor.

Es en este contexto que, a mi juicio, como una forma de atenuar las tentaciones neo-retribucionistas, se hace necesario volver a realizar un análisis crítico de las teorías retributivas de la pena, considerando sus fundamentos más importantes[4].

2 Al respecto, cfr. Jakobs, Günther (2000), "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional". En, de él mismo, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*.

3 Por todos, cfr. Feijóo Sánchez, Bernardo. "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena", en *INDRET. Revista para el análisis del Derecho*. 1/2007, pp. 2 y ss.

4 Para un análisis crítico, en particular de los postulados de Jakobs, cfr. Durán Migliardi, Mario (2006), "El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal", pp. 725 y ss.;

2. Origen histórico de las teorías retributivas de la pena

El surgimiento de las teorías absolutas puede explicarse, históricamente, como una reacción ideológica centrada en la revaloración del hombre –como tal y en sí mismo– y en la preocupación por la dignidad del condenado, frente a los abusos del antiguo régimen, de los primeros revolucionarios burgueses y en contra de las concepciones utilitaristas de la pena, muchas de ellas fundadas en el contrato social, propuestas por los penalistas de la Ilustración[5].

En este sentido, con razón se señala que tanto *La metafísica de las costumbres* de Kant como *La filosofía del Derecho* de Hegel, deben entenderse como productos de la polémica que dichos filósofos mantenían contra la concepción relativista de la pena que dominaba en su época, a la que precisamente reprochaba Hegel que trataba al condenado como a un perro con un palo, en lugar de respetar su honor y su libertad. Y a la que también Kant criticaba el hecho de que el condenado pudiera ser 'utilizado como un simple medio de las intenciones de otro y mezclado con los objetos del Derecho patrimonial', tanto si la pena se imponía en su beneficio, como en el de otro[6].

Así, el contenido esencial de las teorías retributivas –que, en su conjunto, responden acerca del contenido, de los fines y de la justificación de la pena– viene dado por los planteamientos centrales de dos de los más grandes filósofos de la cultura europea: Kant y Hegel, máximos representantes del idealismo alemán, y, en su variante de la retribución divina, por distintos autores católicos, entre los que destacan Althaus y Trillhaas[7].

Respecto de esta última variante, la denominada retribución divina, no me detendré mayormente, solo me limitaré a expresar, con Jescheck, que en ella se unen, de un lado, la concepción del orden universal como creación divina, y de otro, la idea de la correspondencia entre el ser divino y el humano[8]. Por ello, la vigencia que esta

---

Durán Migliardi Mario (2007), "Prevención General Positiva o de la Integración. Concepto y función", pp. 269 y ss.

5 Ejemplo máximo de esta concepción ilustrada y contractualista es la obra del Marqués de Beccaria. Cfr. Beccaria, Cesare (1998), *De los delitos y de las penas*.

6 Hassemer, Winfried-Muñoz Conde, Francisco (1989), *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, p. 151.

7 En este punto es relevante lo que señala Roxin, respecto de Alemania; según él "la circunstancia de que aquí concurran en *una* poderosa corriente la tradición filosófica del idealismo y la tradición cristiana, que han modelado en el siglo pasado, penetrándola de múltiples maneras, la cultura de la burguesía alemana, es en definitiva la causa de que la teoría de la retribución haya dominado siempre en Alemania y todavía hoy cuente con el mayor número de adeptos". Roxin, Claus (1976), "Sentido y límites de la pena estatal", p. 12.

8 Jescheck, Hans-Heinrich (1993), *Tratado de Derecho Penal*. *Parte General*, 4ª Ed. p. 62. El autor agrega que para Althaus "el sentido de la pena se encuentra en ella misma, por cuanto se hace valer el orden eterno frente al delincuente". Según Trillhaas, ese sentido,

doctrina ha tenido para la Iglesia Católica queda de manifiesto en el mensaje que el papa Pío XII envió al 6º Congreso internacional de Derecho penal, celebrado en Roma en el año 1953, en el cual se expresa: "Pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Éste ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer"[9].

2.1. Principios fundamentales de las teorías retributivas de la pena

Para el pensamiento retribucionista, en todas sus versiones, el sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición de una pena[10]. De ahí que su postulado esencial sea que la pena *es* retribución del mal causado. Por lo que la justificación de la sanción penal, en estas teorías, es solo y únicamente la realización de la justicia como valor ideal.

La pena, por ello, tiene aquí un carácter absoluto, no sirve para nada más, pues constituye un fin en sí misma. La pena *tiene que ser* porque debe imperar la justicia. Por esta razón, además, se explica que la teoría de la retribución tenga directa relación con el principio de proporcionalidad, dado que la culpabilidad aquí no solo es el fundamento de la pena sino también su medida. De forma tal que el castigo penal no puede, por principio, exceder la intensidad del reproche.

Asimismo, las teorías absolutas de la pena se basan en premisas que implican "la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre", en virtud de los cuales se busca hacer justicia con la pena y establecer, como fines a alcanzar, la justicia o la afirmación de la vigencia del derecho. Por lo que el Derecho penal se legitima, para estas teorías, como *el* instrumento eficaz para el logro de esos fines[11].

En este sentido, resulta claro que la idea del libre albedrío o el concepto de libertad de voluntad del ser humano –y desde ella, el principio de culpabilidad– resultan claves para la justificación de estas teorías, por cuanto solo el hombre libre, dotado de discernimiento y libertad para decidir entre el bien y el mal, puede ser castigado por el delito cometido.

Así, con razón se señala que las *notas comunes de las teorías absolutas* se encuentran en dos ideas fundamentales: la primera de ellas, está constituida por la tesis de que la pena, el castigo penal, no puede perseguir jamás fines útiles de evitación o de prevención del delito.

"encerrado en la idea de expiación, se orienta solo hacia el bien mismo, sin atender a los fines, y la pena se dirige únicamente al delincuente, absteniéndose de mirar alrededor".

9 Frase citada por Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, PG., ob. cit., p. 62, y por Mir Puig, Santiago (2000), *Derecho Penal*, p. 46.

10 Roxin, Claus, ob. cit., pp. 12 y ss.

11 Bustos Ramírez, J. y H. Hormazábal Malarée, (1997), *Lecciones de Derecho Penal*, p. 44.

Tal idea se basa en el concepto de "dignidad humana" sustentado por los partidarios de la teoría de la retribución, concepto que se vería conculcado en el caso de que el hombre fuese utilizado *–como un animal–* para orientar su comportamiento en sociedad a través de la pena. Sea con la amenaza de ésta, para que se abstuviera de realizar ciertas conductas, o con la aplicación directa de la sanción penal con la cual se le amenazó, si efectivamente realiza las conductas prohibidas, con el fin de evitar que en el futuro vuelva a cometer dichas conductas prohibidas.

La segunda idea o nota común de las distintas teorías de la retribución consiste en entender, como una exigencia de valores absolutos, que la pena que corresponde al delito tiene que ejecutarse siempre y en su totalidad. Por ello, para los partidarios de las teorías absolutas, la no ejecución de la pena o su ejecución parcial son actos inconcebibles y totalmente contrarios a su teoría de la pena, ya que, por principio, dichos hechos se enfrentan con las exigencias irrenunciables de la justicia y el derecho[12].

Por otra parte, se plantea que la idea de la retribución descansa sobre *tres presupuestos inmanentes*: el primero consiste en que la facultad del Estado para, mediante la pena, dar al culpable su merecido, solo se justifica plenamente si se reconoce la superioridad moral de la comunidad frente al delincuente. El segundo consiste en la existencia de una culpabilidad que puede ser medida según su gravedad, y el tercero, en que la retribución presupone que en el terreno de los principios se puede armonizar de tal manera el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena, que la sentencia puede ser considerada justa por el autor y por la colectividad[13].

En este último orden de ideas se expresa una concepción de la retribución que refleja un leve pero importantísimo matiz, consistente en sustituir la idea de la retribución por un *concepto de expiación*.

3. Conceptos fundamentales de la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant

Desde la perspectiva jurídico-penal, existe pleno consenso en que la fundamentación ética de la retribución más absoluta es la propuesta por este brillante filósofo alemán.

Según sostiene Kant (1724-1804), 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[14]. El derecho penal, en tanto, es, para Kant, el derecho que

[12] En este sentido, Zugaldía Espinar, José Miguel (1990), *Fundamentos de Derecho Penal*. pp. 53 y ss.

[13] Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, PG., ob. cit., p. 58.

[14] Kant, Inmanuel (1989), *La metafísica de las costumbres*. Para llegar a esta definición de Derecho, Kant desarrolla la siguiente idea: "el concepto de derecho, en tanto que se refiere a una obligación que le corresponde (es decir, el concepto de moral del mismo), afecta, *en*

tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido, de imponerle una pena por su delito[15].

El único fundamento de la pena, para Kant, es la retribución a la culpabilidad del sujeto. La aplicación de la pena es, para él, una necesidad ética, una exigencia de la justicia, un imperativo categórico[16], por tanto, los posibles efectos preventivos que se pretendan atribuir a la pena son artificiales y ajenos a su esencia.

Por ello, para Kant, "la ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra"[17].

De allí que, el individuo que incumple las disposiciones legales se hace indigno del derecho de ciudadanía: la transgresión de la ley pública que incapacita a quien la comete para ser ciudadano –señala Kant– se llama *crimen* sin más (...)[18].

Asimismo, en el pensamiento jurídico de Kant tiene una importancia trascendental la idea de que el derecho está ligado a la facultad de coaccionar. Para él la resistencia que se opone a lo que obstaculiza un efecto fomenta ese efecto y concuerda con él. Ahora, todo lo contrario al derecho (*Unrecht*) es un obstáculo a la libertad según las

primer lugar, solo a la relación externa y ciertamente práctica de una persona con otra, en tanto que sus acciones, como hechos, pueden influirse entre sí (inmediata o mediatamente). Pero, *en segundo lugar*, no significa la relación del arbitrio con el *deseo* del otro (por tanto con la mera necesidad (*Berdürfnis*)), como en las acciones benéficas o crueles, sino solo con el *arbitrio* del otro. *En tercer lugar*, en esta relación recíproca del arbitrio no se atiende en absoluto a la *materia* del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere (...) sino que solo se pregunta por la *forma* en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como *libre*, y si con ello, la acción de uno de ambos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal".p.38 y 39. Para una mayor profundización de estos conceptos ver Bobbio, Norberto (1985), *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*, pp. 197 y ss; Stella, Federico (1989), "La Funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel", pp. 217 y ss.

15 Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., pp. 165-166. Consecuencia de esta definición es, para el autor, el hecho que "el jefe supremo del Estado no puede, por tanto, ser castigado, sino que solo es posible sustraerse a su dominio".

16 Cerezo señala que la propia ley penal es para Kant "un imperativo categórico". Éste, a su vez, "actúa solo con arreglo a aquella máxima que tú quisieras al mismo tiempo que se convirtiese en una ley general" o "actúa como si la máxima de tu conducta se debiera convertir por tu volunta en ley general de la naturaleza". De igual forma, según Cerezo, Kant entiende por máxima "un principio subjetivo de conducta". Cerezo Mir, José, (1992), *Curso de Derecho penal español*, p. 21.

17 Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 167.

18 Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 166. La cursiva es suya.

leyes universales: pero la coacción es un obstáculo o una resistencia a la libertad. Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho (*Unrecht*)), entonces la coacción que se le opone, en tanto que *obstáculo* frente *a lo que obstaculiza la libertad* concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme al derecho (*Recht*): por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción[19].

De estos conceptos puede deducirse que en el planteamiento kantiano, además, subyace otra idea: la idea del *libre albedrío* o de la libertad de voluntad del hombre, ya que en sus postulados jurídico-penales, y en su filosofía general, está siempre presente la posibilidad de que el hombre cometa un delito, haciendo un mal uso de su libertad.

Por ello se afirma que Kant se aparta de las concepciones contractualistas de la pena y centra el fundamento de ésta en el principio de culpabilidad, lo que lo lleva a destacar la dignidad humana y la libertad del delincuente. De ahí, que el siguiente paso lógico, en el pensamiento de Kant, sea fundar la pena en la retribución de la culpabilidad del delincuente, en base a su idea de que el derecho penal es una reacción frente al *obstáculo a la libertad* representado por aquel uso inconveniente de la libertad realizado por un hombre que, utilizando su libre albedrío, ha optado por el mal pudiendo haber realizado el bien.

Es en este sentido, precisamente, que para las teorías absolutas la pena es un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho. Por ello, si cada uno de los males tiene la misma naturaleza jurídica, esto es, implica una afección de bienes jurídicos, sobre esa base es la que debe plantearse la posibilidad de adecuación –relativamente precisa– entre la medida de un mal y otro. Así, a la intensidad de una afección a un bien jurídico protegido por el derecho se responde mediante la afección en medida similar sobre un bien jurídico del sujeto. Y, por último, para que tal mal no sea expresión de puro autoritarismo, requiere de una justificación subjetiva; esto es, necesariamente debe partir de un hombre libre, capaz de decidir entre el bien o el mal o bien reconocer el valor[20].

Por otra parte, el hecho de que Kant destaque la dignidad y la libertad del hombre, que sostenga que el único fundamento de la pena es la retribución a la culpabilidad del sujeto y que mantenga que la aplicación de la pena es una necesidad ética, una exigencia de la justicia o un *imperativo categórico*, lleva a que en su teoría de la retribución moral y, en general, en su filosofía penal, la pena no sea concebida como un instrumento para la consecución de otros fines, distintos, que no sean la justicia o el mantenimiento del derecho.

[19] Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., pp. 40 y 41. Esta idea, que el Derecho está unido a la facultad de coacción, es desarrollada también por Kant en su *Introducción a la teoría del Derecho*, pp. 82 y 83.

[20] Bustos Ramírez, Juan, (1984), *Manual de Derecho Penal Español*, pp. 24 y 25.

Consecuente con lo anterior, Kant presenta, al establecer la división de la doctrina del derecho y, en especial, al plantear su división general de los deberes jurídicos, una reinterpretación de las fórmulas de Ulpiano, donde expresa todo el contenido de su filosofía penal.

La primera fórmula establece, *sé un hombre honesto* (*honeste vive*). La *honestidad jurídica* (*honestas iuridica*) consiste en afirmar el propio valor como hombre en la relación con otro, deber que se expresa en la proposición: no te conviertas en un simple medio para los demás, sino sé para ellos a la vez un fin. Este deber se esclarecerá en lo que sigue como obligación surgida del *derecho* de la humanidad en nuestra propia persona (*Lex iusti*).

La segunda fórmula señala *no dañes a nadie* (*neminen laede*), aunque para ello debieras desprenderte de toda relación con otro y evitar toda sociedad (*Lex iuridica*).

Por último, la tercera fórmula indica *entra* (si no puedes evitar lo último) en una sociedad con otros, en la que a cada uno se le pueda mantener lo suyo (*suum cuique tribue*). Si esta última fórmula se tradujera –explica Kant– como: "da a cada uno lo suyo", formularía un despropósito; porque no puede darse a nadie lo que ya tiene. Por consiguiente, si ha de tener sentido, tendría que decir así: "entra en un estado en el que pueda asegurarse a cada uno lo suyo frente a los demás" (*Lex iustitiae*)"[21].

Llevadas estas fórmulas al derecho penal, han servido para establecer las bases sobre las cuales Kant ha expresado, respecto de la pena, que la pena judicial (*poena forensis*), distinta de la natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y 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 *solo porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenada 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*[22].

Así, la dignidad del hombre impide, precisamente, que éste sea utilizado como un medio, sea respecto de fines que le sean propios o ajenos, o como una cosa, sobre la cual se puedan ejercer acciones o pretender derechos.

Por ello, el hecho de que el hombre sea considerado por esta teoría un *fin en sí mismo* y, por tanto, no se pueda instrumentalizar en beneficio de la sociedad o de él mismo, tiene como directa consecuencia que no sea considerado éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social y que, por tanto, solo sea admisible basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la justicia: la ley penal se presenta como un imperativo categórico, es decir, como

[21] Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 47.

[22] Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 166.

una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras[23].

3.1. El sistema talional y la pena de muerte en Kant

Respecto del sistema para apreciar las penas y establecer su justicia, en cuanto cualidad y cantidad del castigo, Kant critica el sistema basado en el principio de la igualdad y adopta el sistema talional, en virtud del cual se acepta incluso la pena de muerte como legítima retribución para el caso que corresponda.

Al respecto, Kant expresa: "Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Solo *la ley del talión* (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno de un tribunal (no en un juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones"[24].

No obstante lo anterior, Kant reconoce que las diferencias sociales pueden afectar la aplicación *literal* de la regla talional, ante lo cual ofrece un par de ejemplos a manera de solución.

Kant señala al respecto, "parece ciertamente que la diferencia entre las posiciones sociales no permite aplicar el principio del talión: lo mismo por lo mismo; pero aunque no sea posible literalmente, puede seguir valiendo en cuanto a su efecto, respecto al modo de sentir de los más nobles. Así, por ejemplo, la multa por una injuria verbal no guarda relación alguna con la ofensa, porque quien tiene mucho dinero puede permitírsela perfectamente por placer alguna vez; pero la ofensa inferida al pundonor de uno puede llegar a equipararse al daño infligido al orgullo del otro, si se obligara a éste, por juicio y derecho, no solo a retractarse públicamente, sino también, a besar la mano de aquél, aun cuando sea inferior"[25].

En cuanto a la pena de muerte y el sistema talional adoptado por Kant, es claro que la justificación de dicha pena es consecuente con todo lo anteriormente señalado,

[23] Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, PG., ob. cit., p. 46.

[24] Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 167.

[25] Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., pp. 167 y 168. Kant agrega otro ejemplo: "si se condenara a un personaje distinguido y violento, por los golpes que ha propinado a un ciudadano inferior, pero inocente, no sólo a que se retracte, sino también, a un arresto aislado y doloroso, porque así, además de sufrir la incomodidad, quedaría dolorosamente afectada la vanidad del autor y de este modo –mediante la vergüenza– se pagaría con la misma moneda, como es debido".

por lo que en su planteamiento no hay más justicia ni equivalencia posible frente a un asesinato que la muerte del asesino.

Al respecto Kant señala expresamente que si una persona "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 que la sufre"[26].

Para remarcar más aún el sentido que la pena de muerte tiene en su sistema filosófico, Kant señala a continuación su famosísimo ejemplo de la isla, tantas veces citado en contextos distintos, según el cual, "aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia"[27].

En este ejemplo, a mi juicio, además de destacar su idea de la dignidad del hombre –expresada en la necesidad absoluta de la imposición del castigo y en el deber de la comunidad de no ser cómplice del delito cometido– Kant quiere destacar, al mismo tiempo, la idea de la retribución como un valor absoluto e inmanente y, por consiguiente, las *ventajas* morales del sistema talional y de la *igualdad de las penas* que éste involucra. Para él, aun en el caso de que una sociedad se disuelva, debe preocuparse de que toda culpabilidad quede retribuida, pues, de lo contrario, ella misma sería partícipe de dicha culpabilidad y, según el autor, sería *cómplice de esta violación a la justicia*.

En el mismo sentido, se señala que este ejemplo de Kant pone drásticamente de relieve que para él la aplicación de la pena es una necesidad ética, una exigencia de la justicia y que los posibles efectos preventivos de la misma son ajenos a su esencia.[28] Idea ésta que hace advertir claramente una consecuencia fundamental de la concepción retributiva: que la pena *ha de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria* para el bien de la sociedad.

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, al señalar 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 solo de este modo la sentencia de muerte se pronuncia sobre todos

26 Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 168.

27 Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., pp. 168 y 169.

28 Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho penal español*, PG., ob. cit., p. 22.

de forma proporcionada a la *maldad interna de los criminales* (...)"[29]. Y al agregar que "jamás se ha oído decir que un condenado a muerte por asesinato se haya quejado que con ello le está sucediendo algo excesivo y, por tanto, injusto; cualquiera se le reiría en la cara si hablara en este sentido"[30].

Estas ideas respecto a la pena de muerte y sobre la aplicación del sistema talional hacen concluir a Kant, además, respecto de los partícipes de un homicidio, que "todos los criminales que hayan 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 de poder judicial, según las leyes universales (...)"[31].

En resumen, creo que no existe nada mejor para terminar esta breve revisión de la teoría de la retribución moral de Kant que sintetizar su pensamiento, reiterando una frase clave en su filosofía penal: "la pena judicial (*poena forensis*), distinta de la natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y 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 *solo porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenada 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*"[32].

4. Principales aportes de la teoría absoluta de la pena de Kant

En general, se puede señalar como un aspecto positivo de las teorías absolutas, de la retribución o teorías retributivas de la pena, que estas teorías tienen una marcada preocupación por la justicia y, por tanto, por la pena justa. Ello, tanto desde el punto de vista del hecho mismo como respecto del sujeto titular del hecho realizado.

De ahí que ellas hayan servido para desarrollar el fundamental principio limitador al *Ius Puniendi* del Estado, el principio de culpabilidad, en virtud del cual, solo se responde por el hecho y en cuanto el sujeto sea culpable. Por lo mismo, al otorgar estas teorías una trascendencia fundamental al principio de culpabilidad, permitieron el desarrollo, hasta nuestros días, de dicho principio.

29 Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 169.
30 Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 170.
31 Ibídem.
32 Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 166. La cursiva es suya.

Además, se señala que las teorías absolutas de la pena han sido *esencialmente garantistas*, puesto que han impedido una intervención abusiva del Estado, que implique solo el uso de su fuerza; de ahí, se afirma, que hayan estado "traspasadas por un sentido ético", fundado ya en el derecho natural o en el racionalismo liberal[33].

En relación con esto último, al garantismo y el sentido ético de las teorías absolutas, resulta altamente positivo el hecho de que la teoría de la retribución ética de Kant no utilice al hombre como instrumento. Por ello, a favor de las teorías absolutas se puede sostener que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas al que ha cometido un delito (lo que no necesariamente guarda relación con el mismo), y que, por tanto, no deben estar condicionadas por la tendencia general a delinquir, a la que el autor del delito es ajeno. En otras palabras, impiden sacrificar al individuo a favor de la generalidad[34].

Asimismo, desde una perspectiva aguda y conocedora de la naturaleza humana, Roxin ha rescatado como positivo, respecto de las teorías de la retribución, como un hecho incuestionable que "la idea de la compensación retributiva, al intentar traer un reflejo de armonía superior a nuestra frágil existencia terrena, tiene una fuerza triunfalmente sublime, a la que es difícil sustraerse"[35].

Por último, Jescheck apunta una relevante observación positiva respecto de las teorías absolutas de la pena, al señalar que en ellas "se desconoce que el hombre sea un ser débil, precisado de ayuda y frecuentemente maltratado; se le trata justamente, pero con extrema frialdad. La verdad permanente de las teorías absolutas –concluye– consiste en que la protección de la sociedad a través de la pena, en tanto ésta devenga necesaria, ha de procurarse *siempre de una manera justa*"[36].

5. Principales críticas a la teoría absoluta de la pena de Kant

En relación con las críticas en contra de las teorías absolutas de la pena, se puede señalar que su propio punto de partida ético, de buscar la justicia como tal, las ha llevado a plantearse el problema del fin de la pena desde un plano absoluto, como si existiese un orden de valores total, absoluto, objetivo e inconmovible, olvidando que ello no se trata de una investigación teleológica o metafísica, sino solo dentro de un determinado sistema social que es sumamente complejo y relativo.

33 Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal Español*, ob. cit., p. 25.

34 Bacigalupo, Enrique, (1990), *Principios de Derecho Penal*, PG., p. 19.

35 Roxin, Claus, (1976), "Sentido y límites de la pena estatal", *Problemas básicos del Derecho penal*, ob. cit., p. 12.

36 Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, PG., ob. cit., p. 62.

Además, se critica que las teorías absolutas partan de un presupuesto empíricamente indemostrable, cual es la supuesta libertad absoluta de la voluntad humana o libre albedrío del hombre. Más aún, al partir de este supuesto indemostrable, las teorías absolutas además desconocen que la conducta humana está condicionada, o puede estarlo, por una serie de factores sociales, económicos y culturales ajenos a su supuesta facultad para distinguir entre el bien y el mal.

De igual forma, se impugna a estas teorías el hecho de que la pena aparezca como un fin en sí mismo, como un bien dotado de valor intrínseco tal que se basta a sí mismo en su aplicación al ciudadano. Sobre todo porque no parece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana, en virtud de la trascendencia que se le reconoce en un Estado de derecho democrático, que la pena *solo* consista en un mal, que solo tenga por objeto retribuir. Tal unilateralidad, a pesar de todas las garantías que se establecen, está marcada por las ideas del talión o la venganza, que no resultan adecuadas para la concepción de un Estado de derecho[37].

Más aún, se puede agregar que, al conceptuar estas teorías a la pena como fin en sí mismo, como un bien intrínseco, se renuncia, desde ya y por definición, a la utilización de la pena como un instrumento de política criminal destinado a la consecución, por ejemplo, de finalidades de utilidad social. Sacrificándose con ello los principios de necesariedad de la pena y de proporcionalidad.

En este sentido, el de la pena como mal y fin en sí mismo, magistralmente se ha señalado que resulta inverificable la razón por la cual ocasionar un mal, por ejemplo, la pérdida de la libertad, "permitirá" la compensación de la lesión jurídica. La violación del derecho puede desencadenar, por cierto, sea en el afectado por el hecho en la opinión pública, vehementes necesidades de retribución, que solo podrían ser acalladas con la sanción del "culpable". Pero ello solamente significará que en nuestra tradición los conflictos sociales a los que se vincula el derecho penal se resuelven de esta manera. Pero, por el contrario, ello no implica que la pena sea la única forma posible ni siquiera la más razonable de superar estos conflictos. Aquí la teoría de la retribución desemboca en una *cuestión*: ¿hasta qué punto la existencia de nuestro orden social depende realmente de que el comportamiento desviado sea reprimido con la pena? Cuestión que merece ser respondida científicamente[38].

Asimismo, se critica a las teorías absolutas su idea de la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena, por ser puramente ficticia, porque, en realidad, el mal de la pena *se suma* al mal del delito[39].

Roxin, sin perjuicio de lo anterior, es quizá el autor que ha formulado las criticas más categóricas en contra de las teorías absolutas de la pena. Sus críticas pueden resumirse, según el mismo expresa, en una frase: "la teoría de la expiación no

37 Bustos Ramírez, (1984), Juan, *Manual de Derecho Penal Español*, ob. cit., pp. 25 y 26.
38 Stratenwerth, Günter, (1982), *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*, p.13.
39 Bacigalupo, Enrique, (1990), *Principios de Derecho Penal*, PG., ob. cit., p. 19.

nos puede servir, porque deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad, porque no están comprobados sus fundamentos y porque, como conocimiento de fe irracional y además impugnable, no es vinculante". Así, para él, no se puede justificar la pena estatal a partir de la teoría absoluta de la pena, fundamentalmente, por tres razones en contra[40].

La primera de ellas se basa en que la teoría de la retribución presupone ya la necesidad de la pena, que debería fundamentar. Para Roxin, la teoría de la retribución no explica en absoluto *cuándo* se tiene que penar, sino que dice tan solo: "si imponéis –con los criterios que sea– una pena, con ella tenéis que retribuir un delito". Queda sin resolver la cuestión decisiva, a saber, bajo qué presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar.

Según el autor, la teoría de la retribución fracasa ante la tarea de trazar un límite *en cuanto al contenido*, a la potestad pena estatal. No impide que se incluya en el Código Penal cualquier conducta y, si se dan los criterios generales de imputación, efectivamente se la castigue; en tanto en cuanto, da un cheque en blanco al legislador. Por todo ello, para Roxin, se explica, además su aplicabilidad, que ha perdurado a cualquier cambio constitucional desde el absolutismo hasta hoy, lo que revela, desde el punto de vista de los fines de la pena y de la política criminal, no solo una debilidad teórica sino también un peligro práctico.

La segunda crítica formulada por Roxin a la teoría absoluta apunta, como algunas de las señaladas anteriormente, a la indemostrabilidad del libre albedrío y su relación con la justificación de la pena mediante la idea de la compensación de la culpabilidad del delincuente, sostenida por los partidarios de la retribución.

Para Roxin, la posibilidad de culpabilidad humana presupone la libertad de voluntad (el libre albedrío), y su existencia, como conceden incluso los partidarios de la idea de la retribución, es indemostrable. Cierto es que las investigaciones antropológicas han puesto de manifiesto que no existe una determinación biológica general del hombre y que esa relativa falta de esquemas instintivos fijos es sustituida por modelos de conducta culturales. Pero la cuestión de si es posible una decisión que elija libremente frente a los factores de determinación, que se hacen así incalculablemente diversos, es como mínimo irresoluble, dado que apenas sabemos nada sobre los procesos microfísicos del cerebro humano. E incluso, aunque se quisiera afirmar la libertad de voluntad como tal, con ello aún no se habría respondido afirmativamente a la pregunta decisiva en el proceso, de si ese hombre concreto podría haber obrado de otro modo en esa precisa situación; a esa pregunta, como sin rodeos manifiestan eminentes psiquiatras y psicólogos, es imposible contestar con medios científicos.

Por último, la tercera crítica formulada por Roxin a las teorías absolutas de la pena apunta al hecho de que no sirve de nada cambiar, como se hace a menudo, la idea de retribución por el concepto de "expiación" –como hace Jescheck, según señalé más arriba– ya que para Roxin la idea misma de retribución compensadora solo se puede hacer

[40] Roxin, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal", *Problemas básicos del Derecho penal*, ob. cit., pp. 12 y ss.

plausible mediante un acto de fe. Pues considerándolo racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, esto es, sufrir la pena.

Para Roxin resulta claro que tal procedimiento corresponde al arraigado impulso de venganza humano, del que ha surgido históricamente la pena; pero que la asunción de la retribución por el Estado sea algo cualitativamente por completo distinto a la venganza, el que la retribución quite "la culpa de la sangre del pueblo", expíe al delincuente, etc., todo esto es concebible solo por un acto de fe, que, como señalan la mayoría de las Constituciones, no puede ser impuesto a nadie, no es válido para la fundamentación, vinculante para todos, de la pena estatal.

Roxin agrega que de nada sirve, para justificar esta teoría, invocar el mandato de Dios. Pues, como es sabido, nuestras sentencias no son pronunciadas en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo. Por ello ya no es admisible en una época que deriva todo poder estatal del pueblo, la legitimación de medidas estatales con la ayuda de poderes trascendentes. Además –afirma– no me parece que se corresponda tampoco con la esencia de una verdadera religiosidad. Pues, ¿qué sabemos nosotros de la justicia de Dios, como para podernos arrogar la capacidad de expresar con nuestras sentencias no solo el honrado esfuerzo de nuestra defectuosa justicia terrena, sino simultáneamente la voluntad de Dios?.

Esta tendencia moralizante de las teorías absolutas de la pena es criticada también por atribuir al derecho penal la consecución de fines que no son propios del ordenamiento jurídico temporal, asociando a la pena una suerte de expiación del *pecado* que supone para el delincuente la realización del delito.

Esta idea moralizante resulta altamente discutible, pues el derecho penal no puede servir para moralizar y realizar la justicia divina en la tierra. Además, la tesis de la expiación –con la que se quiere, a veces, encubrir la retribución– encierra una contradicción lógica: en la expiación al sancionado (pecador) se le supone un sentimiento de culpa. Pero, como puede apreciarse en la práctica, sobre todo en sociedades económicamente menos desarrolladas, ello no siempre sucede. Para el delincuente, en muchas ocasiones la pena solo constituye un riesgo adicional –asumido por lo demás– en el desarrollo de su *oficio* o, incluso, puede llegar a constituir la única forma de llegar a obtener comida, abrigo y seguridad.

En este último sentido, se señala como crítica a las teorías absolutas que la realización de la plena moralidad en la tierra ni es misión del Estado ni puede serlo conforme a sus fines y medios de poder. El injusto que queda conocidamente sin castigar es mayor que el castigado. En la aplicación de la pena, al poder estatal solo debe preocuparle el mantenimiento de las bases de una convivencia pacífica y segura mediante la coacción jurídica. Precisamente por eso no se acude a la pena siempre que la justicia lo requiere, sino únicamente cuando resulta imprescindible en defensa de la colectividad[41].

[41] Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, PG., ob. cit., p. 62.

En similar sentido se señala que la principal debilidad para acoger las teorías absolutas en el derecho penal se debe a que la función del Estado moderno no se ve en la realización de la justicia absoluta sobre la tierra. La tarea de realizar la justicia absoluta se considera hoy un cometido moral o religioso, pero no de un Estado como el actual, que quiere mantener deslindados los campos de la moral y el derecho porque no admite que la ética o la religión puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico. No se admiten ya –en nuestro ámbito de cultura– las premisas del Estado teocrático, en el que sí era coherente atribuir a la pena el papel de instrumento de castigo del mal[42].

Sin embargo es, a mi juicio, Stratenwerth quien nuevamente realiza la crítica más contundente a este aspecto de la retribución, esto es, al sentido de *expiación* que se le pretende atribuir. Para él, "la retribución puede ser entendida en el sentido de que tiende a la expiación real como una prestación que debe partir del culpable mismo. La culpabilidad moral, reconocida como tal, debería exigir una expiación en la forma de un esfuerzo o sacrificio especial que vaya más allá de la mera reparación del daño eventualmente causado; solamente de esta manera el autor puede liberarse de su culpabilidad". El problema se produce al trasladar esta idea a la situación real del delincuente pues la pena debería, por lo menos, abrirle la posibilidad de ajustar sus cuentas con él mismo o con la sociedad, comprobando la necesidad de aquélla sobre sí mismo. Pero esta analogía aclara poco respecto de si la culpabilidad en sentido jurídico penal no se superpone con la culpabilidad moral"[43].

Por otra parte, resulta discutible también, en las teorías absolutas de la pena, la idea según la cual se postula que la validez y la legitimidad de esta teoría se basa en el establecimiento de la culpabilidad del autor como la medida en virtud de la cual se cuantifica la pena.

El concepto de que "la culpabilidad es el fundamento de la pena y también su medida" es criticable no solo por basarse en el supuesto indemostrable de la libertad absoluta de la voluntad del hombre –o libre albedrío– que le sirve para establecer el

42 Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, PG., ob. cit., p. 49.

43 Más aún, para Stratenwerth, la analogía entre pena y expiación no resultaría convincente, además, por otras razones. Para él "la pena es esencialmente coacción, y la coacción no se justifica mediante el sentido que quien la sufre pueda quizás deducir de ella. Por otra parte, la pena sería totalmente inadecuada, aunque realmente se tratara de posibilitar al delincuente expiar su culpabilidad: la forma en que el proceso penal lo pone en la picota pública, así como la descalificación del sujeto que esta vinculado a la pena privativa de libertad no dejan al condenado otro camino que negar su culpabilidad, o la huida en técnicas de disculpa y de autojustificación. Finalmente –concluye– no es posible (...) hablar de la pena como una sanción jurídica que procura la perfección moral del delincuente como tal, sino que solo se trata de la solución de los conflictos sociales surgidos del hecho punible, de tal manera que el cumplimiento de la pena debería tener por consecuencia también la real justificación. Sin embargo, como es sabido, lo que ocurre es precisamente lo contrario: la pena no borra el pecado del condenado ante los ojos de la sociedad, sino que lo marca a fuego". Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal*, PG., ob. cit., p. 13.

grado de libertad con que el autor ha obrado, sino que, además, es criticable porque la pena no puede actuar como una *expiación justa* al ser humanamente imposible conocer la "magnitud" de culpabilidad de dicho autor y, en virtud de ello, adecuarla al castigo.

En este sentido, Mir Puig indica que "es correcto señalar que la necesidad de que la pena guarde cierta proporcionalidad con el delito, mas de ello no se deriva la validez de la teoría retributiva. La proporcionalidad puede concebirse como un límite que debe respetar el ejercicio de la función punitiva, y que como tal límite no fundamente la necesidad de esta función, sino que, al revés, la restrinja"[44].

Finalmente, desde un punto más trascendente, ha sido Ulrich Klug[45] quien ha formulado las críticas definitivas al pensamiento retribucionista, manifestando en ella los excesos irracionales de lo que él denomina un pensamiento lírico de dudosos fundamentos en la teoría del conocimiento, en la lógica y en la moral, crítica que, además, facilitó, en su momento, la despedida de la teoría de la pena de Kant y Hegel y la caída final del mito y el tabú de la retribución[46].

Para Klug, que el sentido de la pena sería la retribución es algo –en principio– que no ha sido probado, sino simplemente enunciado. No se trata de un conocimiento, sino que simplemente se da a conocer una creencia. Nadie esta obligado en consecuencia a aceptar tal creencia. Más aún, de ningún modo estamos constreñidos a admitir con Kant que habría una lesión de la justicia en el caso en que la pena se aplique por otros fines que la retribución[47].

Así, sobre la base de estas premisas, Klug se pregunta: "¿Por qué habría de ser injusta una pena dirigida a la resocialización sin tomar en consideración la retribución? ¿Quién podría saber precisamente cuándo una pena es justa?" Para luego sostener la tradicional objeción en contra de la retribución, en el sentido de que "fuera del hecho y la pena no hay magnitudes equiparables", objeción aplicable tanto al sistema talional de Kant como al valorativo de Hegel. Asimismo, respecto al concepto de homogeneidad de Kant, según el cual, entre la muerte y una vida tan afligida no habría ninguna homogeneidad, Klug señala como crítica la trivialidad del concepto, pues si dicho concepto fuera entendido en un sentido estricto, "habrá que admitir también que entre el asesinato y la ejecución de una pena de muerte (...) tampoco habrá homogeneidad alguna", razonamiento en virtud del cual la argumentación de Kant, al respecto, pierde toda su base sistemática y lógica.

44 Mir Puig, Santiago, (2000), *Derecho Penal*, PG., ob. cit., p. 48.

45 Klug, Ulrich, (1970), "Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel", *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, pp. 35 y ss.

46 Gráfico resulta que las críticas de Klug lleven por nombre, en alemán, "Abschied von Kant und Hegel", (Despedida de Kant y Hegel) y que hayan sido publicadas en el "Programm für ein neues Strafgsetzbuch" (Programa para un nuevo Código Penal), de 1968, cuyo coordinador fue Jürgen Bauman.

47 Klug, Ulrich, "Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel", *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, ob. cit., pp. 38 y ss.

En el mismo sentido, basándose en la crítica al concepto de homogeneidad de Kant, Klug dirige sus críticas al aspecto lógico de las construcciones retribucionistas de Kant y Hegel.

Al respecto, en primer lugar, Klug ataca el imperativo categórico de Kant, según el cual se ordena actuar de acuerdo con la máxima que puede valer al mismo tiempo como una ley general, en el sentido de que, para él, dicha máxima kantiana 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 gansters. 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".

En seguida, Klug cuestiona el ejemplo de la isla de Kant, que para él es "asombrosamente contradictorio", lo que hace todavía más extraño "el reconocimiento que ha tenido", ya que, para Klug "es necesario preguntarse a quién debe responder de aquella mística "deuda de sangre", si por cierto como lo presupone Kant ya no existirá pueblo alguno"[48].

Por otra parte, Klug también critica lo que denomina *un error de pensamiento sencillo*, cual es, la argumentación contra una fundamentación finalista y utilitaria de la pena basada en la vacía fórmula de que hacerlo "determinaría descender a un nuevo problema de adecuación al fin". Para el autor, esa formulación solo adquiriría contenido si se hace defendible una valoración. A modo de ejemplo –afirma– la protección del orden pacífico y la resocialización son sin duda valores altamente morales. El error lógico se pone de manifiesto cuando Kant habla de "sinuosidades de la teoría de la bien aventuranza". Sería interesante investigar desde un punto de vista psicológico por qué razón cuando se habla de utilidad, fin o felicidad del hombre, se les asocia siempre adjetivos que los convierten en utilidad material, fines bajos y felicidad económica. Esto es sencillamente falso[49].

Finalmente, desde un punto de vista moral, Klug señala que la retribución carente de finalidad con la que –ni para el autor ni para la sociedad– puede aspirarse a un bien, resulta, en definitiva, lesiva a la dignidad humana y por cierto, no solo en el sentido de las normas morales reconocidas, sino –transfiriéndolo el presente– también en un sentido constitucional.

Por ello, para Klug, en el Estado de derecho de hoy en día es indiscutible que el hombre no puede ser utilizado para un fin exterior a él mismo, como ya lo puntualizó

48 Klug, Ulrich, "Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel", *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 39.

49 Tan falso, afirma, como si se quisiera declarar a priori que entre las figuras geométricas, el octaedro, por ejemplo, es malo, cuando sin embargo solo es un concepto formal. Klug, Ulrich, "Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel", *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, ob. cit., pp. 39-40.

Kant. Y, por eso mismo, según Klug, el autor o delincuente es el centro de todos los esfuerzos para la resocialización. Es él quien debe ser mejorado en la medida de lo posible. Solo en el caso de que la terapia social no produzca efecto aparecerá el derecho de necesidad de la sociedad que tendrá como consecuencia la privación de libertad u otras sanciones[50].

6. Principales críticas al neo-retribucionismo

Sin perjuicio de hacer aplicables a las teorías neo-retribucionistas todas y cada una de las críticas arriba señaladas, en un magnifico trabajo[51], Bernd Schünemann estableció las principales observaciones críticas o defectos lógicos que a su juicio se pueden aplicar directamente a la tendencia neo-retribucionista del fin de la pena postulada por Jakobs basada en Kant.

La primera crítica guarda relación con la idea de que el reestablecimiento del derecho por medio de la retribución solo presupone la lesión de una *norma jurídica como tal*, pues con ello no se posibilita una limitación al derecho penal. Así, la tesis de Jakobs, según la cual debe cautelarse la vigencia de la norma ante la mera afirmación del delincuente –con su hecho– de que "la norma no rige", aparece como justificadora del castigo y no limitadora del *ius puniendi*.

Más aún, los esfuerzos del neo-idealismo de desarrollar un concepto filosófico de delito tampoco ayudan pues la deducción lógica de la teoría absoluta conduce, otra vez, a la pena desde la simple *lesión de la norma*. Ello petrifica el derecho penal al estado de la sociedad a eso del año 1800, enviándolo fuera de la problemática más relevante para la sociedad actual; la prevención o los delitos contra el medioambiente, por ejemplo, o la adaptación del derecho penal a las necesidades de la desarrollada sociedad industrial y con ello a necesidades racionales.

Mientras a la lesión de la norma solo se le agregue la "mala voluntad" como característica del concepto de delito, no tendrá lugar una limitación material del delito como conducta socialmente dañina cualificada, a diferencia de la simple lesión de la norma. En cuanto la lesión a la libertad sea señalada como la esencia del delito, no quedará suficientemente claro cómo se debe diferenciar a éste del concepto general de conducta contraria a derecho.

Y también aquí, prescindiendo de esto, permanece poco claro si con la categoría de la lesión a la libertad pueden ser adecuadamente comprendidas las modernas formas

50 Klug, Ulrich, (1970), "Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel", *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 40.

51 Schünemann, Bernd, (2008), "Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant", *INDRET* 2, pp. 2 y ss.

de aparición del delito, que en la forma de delitos contra el medioambiente ponen en peligro la supervivencia de la humanidad en su conjunto. La teoría neo-absoluta de la pena corta así la conexión con la sociedad contemporánea y sus necesidades de protección y conduce, de esa manera, al margen de todas las aporías conceptuales, a un callejón en el que no se ve ninguna salida.

La segunda dificultad detectada por Schünemann consiste en que la teoría absoluta, dentro del marco de la filosofía de la libertad fundada por *Kant*, presupone la libertad (de voluntad) del autor del delito a retribuir. La diferencia entre el hombre como parte del mundo de los sentidos ("sujeto empírico") y del hombre como yo inteligible ("sujeto trascendental") constituye la base fundamental del derecho y de la moral. Por ende, conforma también la base de la teoría absoluta de la pena, como algo no tomado de la experiencia, sino surgido de un modelo de pensamiento de la razón pura. Así es como el hombre se puede liberar de los impulsos de la sensualidad y, en virtud de su comprensión, obrar conforme a los deberes morales que resultan del imperativo categórico.

Así, el entender el yo inteligible como la libertad de motivarse hacia lo bueno o hacia lo malo, sin que *Kant* haya desarrollado para ello en los escritos sobre religión o antes en su escritos críticos una concepción total, se trataría de una simple suposición *ad-hoc* que no puede hacer plausible justamente la libertad y, con ello, la imputación del delito.

Tampoco la moderna fundamentación de la pena de la "filosofía de la libertad" ha tratado esa aporía, ni mucho menos la ha eliminado. Sin embargo, quedan todavía tres soluciones: o nos atenemos a una concepción hoy extendida del concepto social de culpabilidad, que no requiere más una prueba de la libertad del autor, sino solo de su promediabilidad, o renunciamos por completo a un concepto de culpabilidad derivado del pensamiento de la libertad y lo reducimos a la prevención general, tal como lo había propuesto *Jakobs* antes de su "giro" de Luhmann a *Hegel*. Y con ello resignamos también una legitimación del derecho penal establecida al margen de la utilidad y aceptamos, además, la aporía entre una teoría de la pena apoyada originariamente de manera preventivo general y una teoría de la pena apoyada ahora sobre *Hegel*, esto es, sobre una filosofía de la libertad, no fundamentada por sí misma de manera lo suficientemente plausible. O emprendemos, finalmente, una nueva prueba de la libertad de la voluntad independiente de *Kant* o, dicho más precisamente, del concepto necesario de libertad para la fundamentación de la culpabilidad penal.

7. A modo de conclusión

Como señalé arriba, frente a la profunda crítica a la denominada prevención general positiva y al fracaso del ideal resocializador, se ha planteado la necesidad de *revisitar* las teorías absolutas o retributivas de la pena, con el fin de reevaluar sus posibilidades de aplicación. Esta idea, lamentablemente, si no es fundada a partir de las actuales valoraciones –de los derechos fundamentales, de los límites materiales limitadores al *ius*

puniendi, y desde la óptica del Estado democrático de Derecho– y sigue planteándose como tradicionalmente se ha hecho, esto es, de manera absoluta, represiva y solo orientada al reestablecimiento del orden jurídico y a la realización de la justicia, se constituye como una teoría ajena a las necesidades del mundo actual y negadora de la condición actual del hombre.

Por ello, al no encontrar nuevos fundamentos sino más de lo mismo pero con otro lenguaje y conceptos, el neo-retribucionismo vuelve a imponer intencionalmente la idea de la pena como un mal, sin justificar si este mal favorece a alguien; al condenado, a la sociedad o a la víctima.

Por estas razones, el neo-retribucionismo, heredero directo de las teorías absolutas de la pena, al basarse en conceptos y categorías tales como "negación de la injusticia", "restitución de la justicia violada" y no en interés social del hombre, es una teoría arrogante y puramente de papel[52].

Referencias bibliográficas

Bacigalupo, Enrique (1990), *Principios de Derecho Penal*. PG., 2ª ed. Madrid: Akal/iure.

Beccaria, Cesare (1998), *De los delitos y de las penas*. Con el comentario de Voltaire. 10ª reimpresión. Trad. Juan Antonio de las Casas. Introd. apéndice y notas de Juan Antonio Delval. Madrid: Alianza.

Bobbio, Norberto (1985), *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*. Estudio preliminar de Alfonso Ruiz Miguel. Versión castellana de Juan Carlos Bayon. Madrid: Debate.

Bustos Ramírez (1984), Juan. *Manual de Derecho Penal Español*. Barcelona: Ariel.

Bustos Ramírez, J. y H. Hormazábal Malarée (1997), *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I. Madrid: Trotta.

Cerezo Mir, José (1992), *Curso de Derecho penal español*. PG. I. Introd. Teoría del Delito/1. 4ª reimp. de la 3ª edic. de 1985. Madrid: Tecnos.

Durán Migliardi, Mario (2006), "El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal" en, Cancio Meliá, Manuel, ed. coord., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Editoriales B de F (Buenos Aires-Montevideo) y Edisofer, pp. 725 y ss.

_____ (2007), "Prevención General Positiva o de la Integración. Concepto y función" *Problemas Actuales del Derecho Penal*. Seminario de Derecho Penal

[52] Hassemer, Winfried-Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, ob. cit., p. 150.

Universidad de Salamanca. Libro Homenaje al profesor Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Santiago: Editorial Jurídica, pp. 269 y ss.

Feijóo Sánchez, Bernardo (2007), "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena", *INDRET Revista para el análisis del Derecho* 1, pp. 2 y ss.

Hassemer, Winfried-Muñoz Conde, Francisco (1989), *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jakobs, Günther (2000), "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional". *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijóo Sánchez; Enrique Peñaranda Ramos; Marcelo A. Sancinetti: Carlos J. Suárez González. Presentación Dino Carlos Caro Coria. Lima: Palestra Editores, pp. 19 y ss.

_____ (2000), "Sobre la génesis de la obligación jurídica". Trad. Manuel Cancio Meliá. En *DOXA* nº 23, pp. 323 y ss.

Jescheck, Hans-Heinrich (1993), *Tratado de Derecho Penal*. *Parte General*. 4ª Ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares.

Kant, Inmanuel (1989), *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts. Trad. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Canal Sancho. Madrid: Tecnos. Título original Metaphysik der Sitten (1797).

_____ (1978), *Introducción a la teoría del Derecho*. Introducción y traducción de Felipe González Vicén. Centro de Estudios Constitucionales. Colección Civitas. Reimp. de la 1ª edic. Madrid.

Klug, Ulrich (1970), "Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel". Trad. por Enrique Bacigalupo. *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*. Libro en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa. Buenos Aires: Pannedille, pp. 35 y ss.

Mir Puig, Santiago (2000), *Derecho Penal*. PG. 3ª reimp. de la 5ª edic. Barcelona: Reppertor, p. 46.

Roxin, Claus (1976), "Sentido y límites de la pena estatal", *Problemas básicos del Derecho penal*. Trad. y notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, p. 12.

Schünemann, Bernd (2008), "Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant", *INDRET Revista para el análisis del Derecho* 2, pp. 2 y ss.

Stella, Federico (1989), "La Funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel". *Criminologia, politica criminale e Diritto penale* nº 2. Cura de Luciano Eusebi. Milano: Giuffrè editore.

Stratenwerth, Günter (1982), *Derecho Penal*. *Parte General, I. El hecho punible.* Trad. de la 2ª ed. alemana (1976) de Gladys Romero. Instituto de Criminología de la U. Complutense de Madrid. Madrid: Edersa.

Zugaldía Espinar, José Miguel (1990), *Fundamentos de Derecho Penal*. PG. *Las teorías de la pena y de la ley penal*. Granada: U. de Granada.