

PROF. WILMEN ROMERO PEROZO. FUNDAMENTACIÓN ÉTICA DE LA PENA EN INMANUEL KANT: ESPECIAL MENCIÓN A LA VALORACIÓN CRÍTICA DE ZAFFARONI. 185-220. REVISTA CENIPEC. 33. 2018-2021. ESPECIAL. ISSN: 0798-9202

PROF. WILMEN ROMERO PEROZO

**FUNDAMENTACIÓN ÉTICA DE LA PENA EN INMANUEL KANT:
ESPECIAL MENCIÓN A LA VALORACIÓN CRÍTICA DE ZAFFARONI**

Recepción: 15/02/2022.

Aceptación: 28/03/2022.

Prof. Wilmen Romero Perozo
wilmenyohanromero@gmail.com
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES
CARACAS - VENEZUELA

Resumen

A continuación se presenta una aproximación de la propuesta kantiana sobre la pena. Inicialmente, se reflexiona sobre la pertinencia de estudiar dicha temática en la actualidad; seguidamente, presentamos el desarrollo de la propuesta de Kant sobre la pena; posteriormente, analizamos la crítica que sostiene Zaffaroni de la tesis kantiana; presentamos una valoración crítica de tesis kantiana de la pena; y finalmente, esbozamos algunas conclusiones sobre la permanencia del discurso ético.

Palabras clave: retribución; utilitarismo; justicia; libre albedrío; proporcionalidad.

The Ethical Foundation of Punishment in Immanuel Kant: Special Mention of the Critical Commentary of Zaffaroni

Abstract

The article gives an overview of the Kantian proposal regarding punishment. First, some comment is made about the relevance of a contemporary study of the topic. This is followed by a description of Kant's proposal regarding punishment. We then analyze Zaffaroni's critique of the Kantian perspective and present an evaluation of Kant's thesis on punishment. Finally, we offer some conclusions on the enduring nature of ethical discourse.

Key words: retribution, utilitarianism, justice, free will, proportionality.

Fondement éthique de la peine chez Emmanuel Kant: mention spéciale de l'évaluation critique d'Zaffaroni

Résumé

Cet article présente un rapprochement de la proposition kantienne sur la peine. Au départ, il apporte des réflexions sur la pertinence d'aborder cette question à l'heure actuelle; il développe ensuite la proposition de Kant sur le thème de la peine; il analyse la critique de Zaffaroni sur la thèse kantienne; il présente une évaluation critique de la thèse kantienne au sujet de la peine; et, enfin, il révisé certaines conclusions sur la permanence du discours éthique.

Mots clés: rétribution, utilitarisme, justice, libre arbitre, proportionnalité.

Fundamentação ética da pena de morte em Inmanuel Kant: especial menção à valoração crítica de Zaffaroni

Resumo

Neste trabalho se apresenta uma aproximação da proposta kantiana sobre a pena. Inicialmente se reflete sobre a pertinência de estudar dita temática na atualidade; seguidamente, apresentamos o desenvolvimento da proposta de Kant sobre a pena; posteriormente analisamos a crítica de Zaffaroni sobre a tese kantiana; apresentamos uma valorização crítica da tese kantiana da pena; e finalmente, foram esboçadas algumas conclusões sobre a permanência do discurso ético.

Palavras chave: retribuição, utilitarismo, justiça, livre arbítrio, proporcionalidade.

1.- Introducción

Referirse a Kant en los estudios jurídicos es prácticamente inevitable si se pretende ahondar en varios de los problemas con preguntas permanentes; ello, en el Derecho Penal, es aún más evidente por la intrínseca relación de las reflexiones penales con la filosofía práctica.

Varias de las ideas centrales del Idealismo alemán, se han mantenido con vigencia aunque, cierto, con los correctivos que surgen de los tiempos actuales. Kant y Hegel, al contrario de lo que pudiera pensarse, todavía están lejos de despedirse en las reflexiones más acuciantes de la doctrina penal contemporánea. Precisamente, es común y lógico, el recurso a la filosofía kantiana cada vez que se hace patente la conexión entre el Derecho Penal y la ética, ya que, por ejemplo, la discusión sobre el libre albedrío difícilmente pueda plantearse con suficiente rigor dejando a un lado la imbricación filosofía que late.

Por otra parte, la rotunda oposición kantiana a la instrumentalización de la persona, al considerarla un fin en sí misma, representa un dique sobre el que se debe problematizar antes asumir posturas que puedan ser plasmación de negación de la dignidad humana.

A continuación, presentamos un breve esbozo de la valoración crítica del planteamiento kantiano sobre la pena y su pertinencia hoy día.

2.- Pertinencia de nuestro estudio: aclaratorias previas

Comenzamos estas breves reflexiones sobre la fundamentación de la pena en Kant con la cita de un penalista que, sin embargo, es conocido por el constante recurso a la filosofía en gran parte de su obra. Se refiere el autor argentino a Inmanuel Kant, quien con su entrada en escena en el mundo de las ideas, marca gran parte del quehacer filosófico en un antes y un después. Y precisamente, ese quehacer filosófico ha dado vueltas y giros, pero cuando pretende afrontar los verdaderos problemas filosóficos, Kant no puede ignorarse.

Medir la influencia e importancia del pensamiento del de Königsberg no es tarea sencilla, no sólo por la enjundia y rigurosidad de su obra, sino también por la multiplicidad y variopintas interpretaciones a las cuales han estado

expuestas muchas de sus ideas, las cuales, en ocasiones, han sido tergiversadas de tal forma que hacen aparecer las posturas originales de Kant como descontextualizadas.¹

La tesis kantiana sobre la pena forma parte del legado cultural de la tradición iuspenalista,² pues constituye una parte esencial –del devenir de la reflexión penal– en la medida en que se estudie en su justo contexto. Las ideas principales que interesan a nuestros efectos, las presenta Kant en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, en la *Crítica de la Razón Práctica* y en la *Metafísica de las Costumbres*,³ las cuales conforman el edificio sobre filosofía práctica elaborado por Kant, y con seguridad entre los más importantes desde la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles que hasta la fecha se haya ideado.

Las reflexiones que a continuación se exponen pueden hallarse a medio camino entre penalistas y filósofos, lo cual implica que posiblemente sea doblemente defraudador, es decir, que sea tildado del lado del penalismo como muy abstracto, y del lado de los filósofos como muy jurídico, aunque probablemente el título del trabajo sea una fuente para colocarlo en una u otra visión. En todo caso, este escollo es insuperable y el propio Hans Welzel así lo demostró (1956).

Por ser la finalidad de nuestro trabajo presentar una aproximación al estudio de la pena en la fundamentación kantiana, no entramos a analizar todas las

¹ Quizás no sea aventurado afirmar que gran parte de lo que comúnmente se conoce como kantismo, en realidad no sea kantiano. Esta idea parece tenerla clara García Morente, cuando en la traducción de la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* que realizara, en la nota preliminar afirma: “He hecho la traducción con una fidelidad acaso excesiva, no sólo al contenido, sino aun a la forma de la frase alemana de Kant “...La soltura y facilidad en el decir, que yo hubiera añadido, no habrían sido “kantianas” (2007). Esto no es exclusivo con relación a Kant, pues las tergiversaciones de las ideas de quienes se han dedicado al pensamiento es un peligro al cual se expone todo pensador, ya sea por el hecho de ser humano (finito), ya por estar sujeto a la manipulación de la ignorancia, o por el hecho de contar con variados intérpretes.

² Un estudio aproximativo sobre la influencia de Kant en el penalismo alemán, Hassemer (1999). Con mayor extensión Zaffaroni (1987).

³ En efecto, el edificio ético kantiano, en cuyas bases están la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (en corriente) y la *Crítica de la Razón Práctica* (en sentido propiamente técnico-filosófico), que a nosotros nos importa lo expone el filósofo alemán en la *Metafísica de las Costumbres*, que es donde propiamente ahonda en la teoría del Derecho y los deberes. En Venezuela, Mendoza (1966: 104) incluye la *Crítica de la Razón Pura* y excluye la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, lo cual parece incorrecto, no tanto por la inclusión de la *Crítica de la Razón Pura* (que es el espacio natural para comprender el *a priori* kantiano), sino por la exclusión de la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* que, a fin de cuentas, es una de las bases sobre la que se sostiene el edificio ético kantiano.

teorías que se han propuesto, si siquiera de aquellas basadas en la postura de Kant pues para hacerlo se requeriría de un Tratado destinado a tal tema; tampoco será objeto de nuestro estudio el tratamiento de la pena en la doctrina venezolana⁴ en su totalidad, sólo, cuando sea menester, se hará referencia a las visiones contemporáneas más importantes, sin adentrarnos, de momento, en el estudio de fondo de cada una de ellas.

3.- Desarrollo de la propuesta kantiana

Entrando en materia, diremos que la propuesta kantiana sobre pena es tradicionalmente reconocida como fundamentación ética de la pena, la cual se cuenta, junto a la visión de Hegel, como las teorías absolutas⁵ de la pena más importantes que se hayan planteado. Comprenderla implica contextualizar la tesis kantiana en la visión que tiene el filósofo alemán sobre la libertad, la ética, la justicia y el Derecho.

Aquí, sin embargo, haremos hincapié en la posibilidad de un estudio que tome en consideración los planteamientos sobre cada una de estas áreas de estudio que hizo el filósofo que nos ocupa; no obstante, advertimos que por la naturaleza del trabajo y los límites de espacio, es difícil tratar con suficiente rigurosidad y profundidad cada una de las ideas que se exponen, en cambio, -de momento- presentamos nuestro estudio, acaso, como una aproximación a un tema de tanta importancia para el Derecho penal⁶ que, como tal, debe ser tratado: si se lo piensa en términos filosóficos con quehacer filosófico o, palabras de Ortega y Gasset, con «proyecto filosófico».

Es harto conocido que en Kant, el atributo de moralidad de una acción es condicionado por su cualidad de deber, es decir, por ser conteste con lo que denomina imperativos categóricos. A esta propuesta se le suele considerar

⁴ Tampoco constituye objeto de nuestro estudio la pena en su tratamiento procesal.

⁵ Es equivocada la opinión de Mendoza (1966: 106) respecto a que Kant se haya inspirado en Platón para exponer su teoría. Al contrario, es común ubicar en Platón –aparte de la idea de proporcionalidad– el antecedente filosófico de más peso histórico de las teorías preventivas de la pena. Al respecto, Roxin (2003: 85) y Jescheck (1981: 98).

⁶ Le otorga categoría de problema filosófico fundamental en nuestra materia Jiménez (1965). En Venezuela Sosa (1995: 49).

formal,⁷ pues de la acción lo único que se puede valorar es su conformidad con el deber que, precisamente, le hace obligatoria. También es aceptado que Kant, después de dedicar la *Crítica de la Razón Pura* al examen de los límites del conocimiento puramente racional, distingue la razón teórica o especulativa referida a los principios *a priori* del conocimiento (objeto central de la *Crítica de la Razón Pura*), de la razón práctica (Zaffaroni, 1987: 144) que se refiere a los principios *a priori*⁸ (necesidad objetiva y universalidad son sus atributos), pero de la acción (objeto central de la *Crítica de la Razón Práctica*).

En la ética kantiana la distinción entre imperativos categóricos (leyes prácticas) e imperativos hipotéticos o condicionados (preceptos prácticos, mas no leyes) es medular.⁹ Los primeros,¹⁰ serían aquellos que son independientes de la finalidad ulterior de la acción, es decir, en palabras de Bertrand Russell, “aquel

⁷ De hecho es la propuesta kantiana sobre la cual se construye todo el edificio moral, y así se encargó de reiterarlo en toda su obra, verbigracia, decía: “Cuando un ente racional pretende pensar sus máximas como leyes universales prácticas, sólo puede pensarlas como principios que no por la materia sino *sólo por la forma* contienen el motivo determinante de la voluntad... Como la materia de la ley práctica, es decir, un objeto de la máxima, nunca puede darse sino empíricamente y, no obstante, la voluntad libre, como independiente de condiciones empíricas (o sea, pertenecientes al mundo sensible), debe ser determinable, una voluntad libre, independiente de la materia de la ley, tiene que hallar empero en la ley un motivo determinante. Pero, además de la materia de la ley, no se contiene en ella más que su forma legislativa. Por lo tanto, *la forma legislativa estando contenida en la máxima, es lo único que puede constituir un motivo determinante de la voluntad.*” (Kant, 1961: 32. Cursivas nuestras).

⁸ El *a priori* kantiano es fundamental en su sistema, por lo que se refiere a su empleo en la filosofía práctica el propio Kant, escribe: “También la ley moral nos es dada, por así decir, como un hecho de la razón pura del cual tenemos conciencia *a priori*, y que tiene certidumbre apodíctica, suponiendo que tampoco puede hallarse en la experiencia ejemplo alguno de que ha sido observada fielmente. Por lo tanto, la realidad objetiva de la ley moral no puede demostrarse por medio de ninguna deducción, por medio de ningún esfuerzo de la razón teórica, especulativa o empíricamente apoyada, y, en consecuencia, aunque se quisiera renunciar a la certidumbre apodíctica, no podría confirmarse por la experiencia, o sea, *a posteriori*, y sin embargo consta por sí misma (1961: 53).

⁹ El Libro I de la *Crítica de la Razón Práctica* (Analítica de la razón pura práctica), en su Capítulo I (De los principios de la razón práctica pura) así lo deja claro. Expone Kant: “Definición: Principios prácticos son proposiciones que contienen una determinación universal de la voluntad que tiene bajo sí varias reglas prácticas. Son subjetivos o máximas cuando la condición es considerada por el sujeto como válida solamente para su voluntad; objetivos o leyes prácticas, cuando la condición se reconoce como objetiva, esto es, válida para la voluntad de todo ser racional.” (1961: 23).

¹⁰ Refiriéndose a los imperativos categóricos afirma el filósofo: “...tienen que determinar suficientemente la voluntad como voluntad, antes aun de que yo pregunte si tengo el poder requerido para un efecto deseado, o qué necesito hacer para producirlo; por lo tanto, son categóricos –de lo contrario no serían leyes porque les falta la necesidad que, si ha de ser práctica, debe ser independiente de condiciones patológicas, de condiciones en consecuencia que sólo contingentemente se unen a la voluntad...” (1961: 24).

que es objetivamente necesario, sin consideración a ningún fin”; los segundos,¹¹ son aquellos que, como máximas (ámbito subjetivo), implican también un deber pero orientado o determinado por un fin pragmático, es decir, aquellos que son pensados en términos de deber-querer, o lo que es igual, deber-para, o deber-por como condiciones subjetivas contingentes. A su vez, los imperativos hipotéticos o empíricos en Kant, se sostienen sobre varias «condiciones que pueden ser consideradas a voluntad del sujeto como válidas»: prudencia o habilidad; de ahí que Kant distinga entre imperativos hipotéticos de habilidad o problemáticos e imperativos asertóricos o de prudencia (aunque el propio Kant hace sostener “todos los principios prácticos materiales... sin excepción bajo el principio universal del amor a sí mismo o de la propia felicidad”). Los imperativos de prudencia o asertóricos¹² serían, por ejemplo, prescripciones para la consecución de una vida feliz; los de habilidad o de técnica,¹³ serían aquellas guías o sugerencia utilitarias para “materializar” una empresa humana.

El imperativo categórico kantiano tiene tres expresiones: a) debo obrar de modo que pueda querer que mi máxima deba convertirse en ley universal (Kant, 1980: 488); b) obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal (Kant, 1961; 36); y c) obrad de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio (Kant, 1980: 511).

Con la exposición de los imperativos, era intelectualmente imposible para Kant sostener otra visión distinta a la que expresa sobre la pena (castigo jurídico) en la *Metafísica de las Costumbres*. En efecto, partiendo de la consideración de la ley penal como imperativo categórico, nos dice:

¹¹ Escribe Kant: “...los imperativos mismos, cuando son condicionados, es decir, cuando no determinan la voluntad simplemente como voluntad sino sólo respecto de cierto efecto apetecido, esto es, cuando son imperativos hipotéticos, son sin duda preceptos prácticos mas no leyes...” (1961: 53).

¹² Reseña Kant: “El imperativo hipotético representa la necesidad práctica de la acción como medio para fomentar la felicidad es asertórico.” (1980: 501).

¹³ Cfr. Abbagnano (1973: 429). Escribe Kant: “Todas las ciencias tienen alguna parte práctica, que consiste en problemas que ponen algún fin como posible para nosotros y en imperativos que dicen cómo pueda conseguirse tal fin. Éstos pueden llamarse, en general, imperativos de habilidad.”(1980: 500).

La pena judicial (*poena forenses*), distinta de la ley natural (*poena naturales*), 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 otros ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto lo protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo. La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquel 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 de valor que vivan hombres sobre la tierra (Kant, 1995: 166).¹⁴

Así, pues, al considerar Kant a la ley penal como un imperativo categórico (*ergo: a priori*), la deja desprovista del eventual recurso, por lo que se refiere a la justificación de la pena judicial, a través de argumentos empíricos-materialistas-utilitaristas, por la sencilla razón de que el hombre «debe» ser tratado como un fin en sí mismo, a los fines de distinguirle con claridad del derecho de cosas, no está permitido, por razones éticas, hacerlo maleable usándolo, por ejemplo, de estandarte ante el resto de sus conciudadanos; en otros términos, Kant está haciendo sostener la justificación de la pena judicial en una especie de atributo de autopoiesis que derivaría de la «certidumbre apodíctica» propia de la ley –en nuestro caso, penal-, por una parte, y por otra, en la persona como fin en sí misma.

Es común sostener que la propuesta kantiana se enmarca en la pregunta: ¿Por qué la pena judicial?, a lo cual Kant responde precisamente con un “porque

¹⁴ Críticamente sobre el fundamento de la pena de muerte a la luz de la fundamentación de la pena en Kant Donna (1992: 317 y ss.).

ha delinquirido”, marcando distancias de un ¿para qué la pena judicial?, el cual le pudiera conllevar a ser inconsecuente intelectual y moralmente, toda vez que un «para» ciertamente pasa por considerar a la ley penal como un imperativo hipotético o empírico-condicionado, cuyo sostenimiento es la búsqueda de una finalidad pragmática ulterior,¹⁵ es decir, a posteriori, lo cual es rechazado por el filósofo alemán.

De otra parte, queda claro, que la idea de pena-fin kantiana se sostiene a su vez en la visión que mantiene Kant de la justicia, la cual considera como el ápice y el basamento de la humanidad, de ahí que precisamente afirme que el valor de la vida de los hombres resulta y existe por la justicia. Para avalar su postura, Kant se vale del famoso ejemplo de la isla, nos dice: “Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus dueños (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que viva 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 ese castigo,¹⁶ porque puede considerarse como cómplice de esta violación pública de la justicia” (Kant, 1989: 167).

Decíamos que la visión kantiana es reconocida como teoría absoluta¹⁷ o retributiva¹⁸ de la pena, pues prescinde para su justificación del recurso a

¹⁵ Una comparación interesante entre Kant (retribucionista) y Schopenhauer (utilitarista) en Cofré Lagos (2001: 123 y ss.).

¹⁶ Fletcher interpreta este pasaje de Kant como un “argumento contundente” a favor de tener en cuenta el punto de vista de la víctima a la hora de imponer una pena”, y como una forma de justicia y de expresar solidaridad con ella, no obstante, después de advertir a través de un conjunto de argumentos que ello también implica un límite: “El peligro de centrarnos exclusivamente en los derechos de las víctimas es que en la medida en que la pena es concebida únicamente como un medio para conseguir la satisfacción de sus derechos, se le reduce a un puro acto de venganza, o a una especie de compensación económica.” Por más detalles (1997: 60 y ss.). No es el espacio para entrar de fondo en la posición de este autor, sin embargo, destacamos que con su tesis de una adecuada limitación del concepto de pena a través de la retribución, y la idea que “de algún modo” la pena debe ser respuesta que niega el delito cometido, parece diferenciar todo retribucionismo de la tesis de Hegel, que es también reconocido como retribucionista en términos jurídicos; sin dejar de lado que la idea “de algún modo” luce excesivamente indeterminada, pues precisamente de lo que se trata es de delimitar jurídicamente la respuesta al delito.

¹⁷ Escribe Roxin: “Absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente, “desvinculado” de su efecto social (lat. *absolutus* = desvinculado).” (2003: 82).

¹⁸ En Venezuela, por ejemplo, Arteaga Sánchez, se muestra partidario de la teoría de la pena retributiva. Destaca: “En mi opinión, coincidiendo con autorizados autores, considero que debe sostenerse que la

elementos de tipo utilitario que llevarían a buscar con la pena una supuesta función de protección a la sociedad, lo cual a Kant le estaba vedado, pues, de suyo, afirmar que con la pena se persigue una tal función conllevaría a admitir el empleo del hombre como medio y la evidente contradicción del imperativo categórico “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”.

Fórmula categorial ésta que ha recorrido un arduo camino en la historia de las ideas, recibiendo críticas y siendo reconocida, por ejemplo, por Bertrand

pena, en su esencia es retribución, esto es, un mal que debe seguir al mal del delito cometido.” (2006: 411). Cabe agregar que el propio autor luego se muestra más cercano a posiciones eclécticas que se hallan a medio camino entre la idea de retribución y las funciones de prevención en la pena. Al respecto escribe: “Ahora bien, la afirmación y defensa de la esencia retributiva de la pena no creo se oponga a que reconozcamos que ella cumple otras funciones y, de manera especial, la de enmienda y corrección, tratándose de un medio a través del cual se persigue la reeducación del delincuente, como hombre, capaz de errar, pero también ser perfectible con posibilidades de regeneración y conversión...Pero, asimismo, la pena cumple una función importante de prevención general, en el sentido que su amenaza y su efectiva aplicación tiende a disuadir y a evitar la comisión de delitos en el grupo social en razón del temor que ella suscita.” (2006: 412). Es también mixta la posición adoptada por Figueroa (1998), siguiendo en tal punto a Roxin. Igualmente ecléctica es la postura de Bello, quien destaca: “La retribución al legislador a imponer la sanción con proporcionalidad al injusto cometido, con independencia de otros fines ajenos a la restauración del ordenamiento jurídico, cuyo concurso no desdice de la preeminencia de la prevención general como sostén de la retribución. Lógicamente, la ponderación de la pena implica la valuación del injusto y la culpabilidad en su relación con el castigo propuesto, por lo que es fácil colegir la dinámica interrelación que debe darse entre ellos en la elaboración de los tipos...Es preciso completar el sistema con medidas específicamente preventivas desprovistas de todo carácter retributivo y que miren al futuro.” (1996: 154). Más recientemente, Rodríguez, después de afirmar “...aquí se rechaza cualquier teoría de la pena que pretenda legitimar el poder penal, sin llegar a agnosticismos como lo que algún autor ha proclamado (por ejemplo, Zaffaroni, con su teoría agnóstica de la pena)” (2006: 50), se muestra partidario de la prevención general positiva de Jakobs, conjugando dicha teoría que, según Rodríguez se sostiene sobre el elemento «armónico-convivencial», con la prevención especial positiva que sostiene sobre un elemento «formativo-ofertivo», esto aunque se reconozcan las críticas que se formulan a la resocialización, que tiene sentido, según este autor sólo si se emplea en sentido negativo, es decir, como argumento para proscribir penas desocializadoras: se refiere expresamente a la pena de muerte y a las penas perpetuas. No es el espacio para entrar en el análisis de fondo de la postura de Rodríguez, sin embargo, creemos que cabrían varias interrogantes al autor: ¿qué entiende por poder penal?, ¿cómo puede rechazarse cualquier teoría de la pena que pretenda legitimar el poder penal, sosteniendo un tipo de prevención general positiva fusionada con prevención especial positiva?, ¿es necesariamente penal la ley de la convivencia? Por su parte, Modolell, revisando la postura de la pena en Jakobs, se muestra partidario de la prevención general negativa, cuando escribe: “Aunque el efecto de restablecimiento de la confianza, como modelo de orientación de conductas, se manifiesta hacia el exterior, ello no debe entenderse en sentido análogo a la función preventivo-general de la pena en su forma tradicional. En efecto, dicha función implica, principalmente “intimidación”, y sólo después conformación positiva de valores.” (2006: 15).

Russell como una forma abstracta de la doctrina de los derechos del hombre, y también como principio que da una base moral a la democracia, pues se supone que todos los hombres deben contar igualmente en la determinación de las acciones que afectan a muchos (2010: 340);¹⁹ como ansia de respeto por la gente (Stewart, 2002);²⁰ también como base de un Derecho personalista o intrascendente (el Derecho sirve a la persona) (Zaffaroni, 2002: 279); igualmente como «forma universalizada del principio de la particularidad como la materia sin la cual no hay derechos» (Heymann, 1999: 111); por Rawls (1997: 173)²¹ «como posibilidad – en interpretación contractual- de tratar a los hombres conforme a principios en que ellos convendrías en una posición original de igualdad que, en expresión sustantiva, se expresan en los dos principios de justicia: todos tienen iguales libertades básicas, y en el principio de diferencia que interpreta la distinción entre lo que significa tratar a los hombres solamente como medios y tratarlos también como fines, siendo que ésta última opción implica –en el marco de la confirmación básica de sociedad- en el consentimiento a renunciar a

¹⁹ El propio Russell amén de reconocer el mérito que tiene si es interpretado correctamente, formula la siguiente advertencia: “Si es tomado en serio, sería imposible llegar a una decisión dondequiera que se hallen en pugna los intereses de dos personas. Las dificultades son particularmente obvias en filosofía política, que requiere algún principio, tal como la preferencia por la mayoría, por el cual los intereses de algunos pueden, cuando sea necesario, ser sacrificados a los de los otros. Si ha de haber alguna moral de gobierno, el fin de éste tiene que ser uno, y el único fin compatible con la justicia es el bien de la comunidad.” (2010: 340).

²⁰ Escribe Stewart: “Está diciendo: no uses a la gente; respeta los fines de los demás; sé bueno. Por descontado, esto suscita unos cuantos interrogantes. ¿Es posible evitar usar a la gente par cualquier tipo de propósito? ¿Y qué sucede cuando los fines de las personas son mutuamente incompatibles? Estas son, sin embargo, cuestiones triviales. Lo digno de mención es la única manera en que puede interpretarse la intención kantiana, sustituyendo subrepticamente un presunto hecho por un imperativo o, en la jerga humeana, un «ser» por un «deber ser». Es una insensatez afirmar que los humanos no pueden «existir» meramente como medios; pero no resulta absurdo sostener que los humanos «no deberían ser meros medios». El punto importante es que Kant pretende haber ubicado un valor en la razón, un «fin» hacia el cual cabe dirigir el imperativo categórico. No lo ha hecho. En el fondo, se ha limitado a proclamar que el individuo regional posee un valor singular y debería respetarse su derecho a escoger sus propios fines.” (2002: 417). A pesar de ser conocida como sátira la filosofía de Stewart, en este punto parece mostrar que el verdadero humor es un ejercicio de seriedad, aunque creemos que la yuxtaposición que plantea el autor entre ser y deber, no parece la más adecuada, pues si bien es cierto que el deber ser pertenece al discurso normativo, no es menos cierto que es un ser que todavía no es, y precisamente porque aún no es, no parece insensato afirmar que los humanos no pueden «existir» meramente como medios.

²¹ El propio Rawls destaca que, en cambio, considerar a las personas como «medios» “...es estar dispuesto a imponer a quienes ya de por sí son los menos favorecidos perspectivas de vidas aún menores a favor de las mayores expectativas de otros.” (1997: 173).

aquellas ventajas que no contribuyen a mejorar las expectativas de todos», o por Jakobs: una conquista válida hasta la actualidad (2006: 114).

4.- La postura de Zaffaroni con relación a la visión kantiana de la pena

En un principio el autor argentino analiza la propuesta kantiana sobre la pena, a la par de reconocer el mérito de Kant el haber señalado, por la vía de la razón, que el hombre debía ser tratado como un fin en sí mismo y que su tratamiento como medio es contradictorio con el imperativo categórico,²² antes reseñado, escribe:

Quando con esta premisa abordo la cuestión de la pena se halló frente a un problema que, en definitiva, no tiene solución: mientras la coacción que detiene un injusto es justa, la pena posterior, en la medida en que quisiera tener algún fin que la trascienda, resulta inmoral porque usa al humano como medio, incluso en el caso en que sea medio para su propio mejoramiento. Kant no encontró otra forma de resolver esta innegable contradicción que tratando de asignarle a la pena el carácter de un medio que garantizaba el propio imperativo categórico: quiso demostrar que sin la pena cae directamente la garantía del humano como fin de sí mismo –Kant– al igual que todo el pensamiento ilustrado- no sólo se enfrentaba al problema de legitimar la pena sin mediatizar al ser humano sino también a la necesidad de ponerle un límite o medida a la pena. Por la misma vía deductiva colocó el límite en el talión, lo que por otro parte, era una obsesión de su tiempo (valgan como ejemplo la máquina de azotar de Bentham o la guillotina de los franceses). (Kant, 1989: 278).

Estamos de acuerdo con las palabras de Zaffaroni, sin embargo, dicho autor al continuar indagando en la propuesta kantiana, extrae una conclusión que parece exagerada y de la cual disentimos. Refiriéndose al punto sobre el por qué se considera a la propuesta kantiana como absoluta, destaca que la nomenclatura es válida si se le entiende como enteramente deductiva y sin alusión a dato empírico alguno, en cambio, es errónea “si se entiende que la propia función punitiva no persigue ningún objetivo o finalidad, el calificativo

²² Véase en Zaffaroni (2000: 279).

es falso, porque para Kant la ley penal no es menos defensor social que para los restantes contractualistas: la pena es un deber del estado civil, al punto que éste debe imponerse siempre que se comete un delito... la teoría kantiana de la pena, lejos de ser una teoría absoluta porque ésta sea un fin en sí misma, es la más radical de las teorías de la defensa social, pues la venganza talional es directamente condición del estado civil, fuera del cual el humano no era respetado como fin en sí mismo” (Kant, 1989: 279).

Puede verse que el propio autor radicaliza –y hasta contradice- lo que antes había escrito en el propio texto, efectivamente cuando se refiere a los *Modelos de discursos legitimantes del poder punitivo*, nos dice: “Incluso las construcciones que renuncian a todo contenido empírico o pragmático (las llamadas teorías absolutas), también en forma indirecta apelan a la defensa social. El mayor esfuerzo por negarle este contenido lo llevó a cabo Kant, pero no pudo evitar que su concepto de pena estuviese impuesto por la necesidad de conservar un estado ético en el ser humano: siendo la ética pauta de convivencia social, cualquiera sea el nombre que se le quiera dar, también termina en su defensa” (Kant, 1961: 56). Aquí Zaffaroni parece asimilar defensa de la ética (porque la ética) a defensa social (a través de la ética); de igual manera, a pesar de reconocer que el esfuerzo es el mayor que se haya realizado por marcar distancia con la defensa social, ofrece una conclusión que ni siquiera asoma cuando habla de los dos grupos de modelos legitimantes del poder punitivo, es decir, de las teorías de la defensa social.

Por tanto, colocar a Romagnosi, Bussati, Martin, Giuliani, Gramatica, Ancel, etc. (defensores sociales, algunos en sentido de ideología general, otros como representantes de visiones más especificadas de la propia defensa social),²³ o cualquiera de los utilitaristas (Bentham, Stuart Mill, etc.) y a Kant en un mismo grupo, conlleva a una conclusión endeble y con cierta cavilosa – esta parece ser la conclusión lógica de la premisa de Zaffaroni-, también implica desconocer que la postura de Kant sobre la pena ve al pasado, es decir, que tiene una manifestación retrospectiva y en ningún caso prospectiva,

²³ En Venezuela abiertamente a favor de la defensa social, Chiossone (1992: 16-20).

además que coloca necesidad²⁴ donde Kant vio autonomía de la voluntad, pues efectivamente atribuirle un supuesto defensismo social radical pasa por desconocer que precisamente en su pensamiento la persona, en cuando portadora de dignidad, no puede ser mediatizada para supuestos fines ulteriores, en lo cual deviene justamente toda elaboración que tenga como punto de partida un concepto de sociedad en términos, verbigracia, organicistas,²⁵ y que considera a la persona, acaso, como una minúscula parte del todo, por supuesto supeditada al resto que le arrasa y se le superpone.²⁶

Y el hecho de que algún “kantiano” haya agregado como “límite” a la postura de Kant, la idea de defensa social –si se le pensara en agregar como argumento – tampoco hace permisible una conclusión como la que se plantea, siendo que el propio filósofo niega rotundamente la idea de la pena «para».

Dos objeciones más se pueden plantear a la afirmación del autor argentino: a) coloca «peligrosidad» donde en Kant hay referencia a la «culpabilidad moral»,²⁷ lo cual no es poca cosa tomando en consideración que la idea

²⁴ Es menester que el propio Kant aunque refiriéndose al *ius necessitatis*, escribió: “El apotegma del derecho de necesidad reza así: «La necesidad carece de ley (*necessitas non habet legem*)», y con todo, no puede haber necesidad alguna que haga legal lo que es injusto.” (1989: 46).

²⁵ Refiriéndose a la defensa social en su Tratado –obra que el propio autor da por reemplazada con las últimas ediciones de su Manual, Zaffaroni escribe: “Respecto de la defensa social, no nos cabe duda que es un concepto de origen organicista, evolucionista, en su fondo cruel, que desconoce originariamente la caridad y la concepción cristiana, siempre que con él se quiera decir algo distinto de la seguridad jurídica realistamente entendida.” (1987: 324 y ss.). En cambio, en las últimas ediciones de su Manual (con tenues diferencias), Zaffaroni, luego de presentar la evolución histórica de la defensa social: ilimitada – que no la llama radical- cuya expresión es la imponente racionalización argumental del *Malleus*, paseándose por el debate en el pensamiento inglés: Hobbes y Locke, y en Alemania: Kant y Feuerbach, hasta llegar a la defensa social expresa: Romagnosi –tampoco la llama radical-, ya no se refiere a la defensa social sobre la base expositiva de Bettiol (cristiana), sino que, con un enfoque heurístico presenta los argumentos que hacen insostenible la defensa social en nuestros días, sin embargo, llega a una conclusión que radicaliza todavía más la presentada cuando se refiere sólo a Kant: “Pero aunque Kant y Feuerbach quisieron rechazar esta idea, en definitiva no pudieron escapar a ella porque invariablemente, cualquier legitimación del poder punitivo va a dar en la idea de guerra o de defensa social, como lo prueba todo el contractualismo, incluyendo a Rousseau.” (Zaffaroni, 2000: 269).

²⁶ En cuanto a las visiones de la sociedad refiriéndose a la defensa social, Zaffaroni (1985: 51 y ss.). Aquí podrá advertirse que el autor en ningún momento se refiere a Kant cuando habla de defensa social, pues ésta asigna un tipo de Derecho Penal transpersonalista y autoritario que, precisamente es la antítesis de un Derecho personalista o intrascendente y que Zaffaroni ve como posible derivar del imperativo kantiano en las últimas ediciones de su Manual (Zaffaroni, 2002: 280).

²⁷ Sobre la distinción entre peligrosidad y culpabilidad, entre otros, Maurach y Zipf (1994: 79 y ss.); Castro (1967: 111 y ss.).

de peligrosidad es precisamente el punto de apoyatura de la(s) tesis de defensa social,²⁸ de ahí nuestra crítica a atribuir un supuesto defensismo a Kant; por otra parte, es común reconocer que la idea de «justificación»²⁹ está asociada a la pregunta ¿por qué castigar? Y, en cambio, la idea de «función» se halla íntimamente ligada a la de necesidad, es decir, al ¿para qué castigar?,³⁰ por tanto, en Kant, parece difícil la referencia a la idea de función –salvo que se la entienda en términos preceptivos–³¹ siendo que ciertamente la pena es la justificación del fin, es decir, de la justicia; y b) salvo afirmar que, “siendo la ética pauta de convivencia social, cualquiera sea el nombre que se le quiera dar”, no presenta Zaffaroni con suficiente detalle cuál es el concepto de ética que asume, de hecho, también parece contradecir la afirmación que hace sobre las opciones constructivas básicas cuando se refiere a los sistemas penales y el poder de los juristas, donde señala niveles contrapuestos entre la operatividad concreta del sistema penal y el discurso jurídico-penal, siendo que la incorporación de aquella sería condicionante de la construcción discursiva, por ejemplo, entre las opciones de elaborar el discurso jurídico sobre la base de generalizaciones no verificables, adhiriéndose o proclamando funciones de la pena como verdad demostrada (teorías absolutas, preventivas especiales o generales, positivas o negativas, o reconocer que, en la mayoría de los casos, la pena no puede cumplir ninguna de las funciones manifiestas que se le asignan, y que sus funciones latentes no son conocidas en su totalidad, plegándose a

²⁸ Haciendo la salvedad que se puede postular la culpabilidad, como destaca Baratta, con significado moral-normativo o revelador de peligrosidad y, de manera diferente, sostener un tipo de defensa social (como ideología en sentido marxista). Por más, Baratta (1986: 55 y ss.). No obstante, repetimos, no vemos posible atribuir un radical defensismo social a Kant, salvo que se entienda su teoría como la más radical de las falsas conciencias en sentido marxista. Sobre el concepto de falsa conciencia, Marx y Engels (1975).

²⁹ Sobre la ambigüedad del vocablo justificación en Rabossi (1970, 198).

³⁰ La problematicidad lingüística y de acción que se deriva de la idea de separar nítidamente el por qué del para qué de la pena, la abordaremos en el estudio de las teorías de la prevención. En todo caso, sobre tales dificultades, Rabossi (1970: 191) y Castro (1967: 117).

³¹ Sobre los vocablos razón y función, escribe Ferrajoli: “La palabra «función» (no menos que la palabra razón) es en efecto equívoca, pudiendo ser entendida y siendo a veces utilizada bien en sentido prescriptivo, bien en sentido descriptivo. En el primer sentido designa las finalidades que deben ser perseguidas por la pena para que el derecho penal resulte justificado; en el segundo designa las que de hecho son perseguidas por las penas y los efectos concretamente conseguidos por ellas. En este libro la usaré sólo en este segundo sentido, mientras que para su significado normativo utilizaré la palabra «fin».” (2004: 214).

una teoría agnóstica de la pena y del poder punitivo, decidiéndose, en consonancia con su propuesta, por la segunda de las opciones, escribe:

Son varias las opciones que parecen imponerse para decidirse por las segundas opciones en todos los niveles señalados y son de naturaleza: a) ética (general o particular); b) científica; c) política (jurídica o general); y d) de supervivencia o pragmáticas. Pretender conservar un poder ejercido mediante un discurso falso, cuando se sabe que éste legitima –y sostiene- un poder diferente y que ejercen otros, que cuesta vidas humanas, que deteriora a gran número de personas (tanto a los que lo sufren como a quienes lo ejercen) y que es una constante amenaza a los espacios sociales de autorrealización, es a todas luces contrarios a la ética. La conservación de que, pese a estos efectos su ejercicio es normalizador y productor de consenso, con lo cual lo negativo se volverá positivo, en razón de su funcionalidad para el sistema, *implica colocar el interés en producir normalidad a costa de falsedades por encima del valor de la persona, y aceptar la mediatización de ésta*, con lo que se confiesa la falla o salto ético (Zaffaroni, 2000: 29. Cursivas fuera del texto).

Como puede verse, Zaffaroni al igual que Kant, coloca el valor de la persona por encima de justificaciones utilitarias, el primero como teórico del Derecho penal, el segundo como filósofo; y también para ambos –y esto es determinante- mediatizar a la persona es contrario a la ética, en Kant, por la postulación del imperativo categórico que se sostiene sobre la dignidad de la persona como portadora de autonomía ya aludido, en Zaffaroni, por ser una postura legitimante y sostenedora de atrocidades que se convierte en constante amenaza a los espacios sociales de autorrealización. Adicional a esto, el autor argentino, refiriéndose a una ética particular que corresponde al teórico, cuyo intrínquilis sería ofrecer a las agencias jurídicas una programación que reduzca el poder que están llamadas a ejercer y administrar, y que se expresaría en un esfuerzo por “etizar republicana jushumanistamente el comportamiento de las propias agencias del sistema penal” (Zaffaroni, 2000: 30).

En lo último, si hay una diferencia sustancial: en Kant la ética es producto de una profunda reflexión de connotación apriorística, en cambio, en Zaffaroni parece ser la postulación de un ideal anti-funcionalista. Los autores se expresan en condiciones históricas distintas, sin embargo, el peso moral del imperativo categórico kantiano (el hombre como fin en sí mismo) es un legado y punto de partida para oponerse a toda visión que pretenda relegar a la persona a pieza o cosa de la sociedad. En otras palabras, es un postulado sobre el cual se sostiene, verbigracia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que, no por casualidad, tiene entre nosotros rango constitucional,³² y que precisamente se convierte en un «coto» infranqueable ante cualquier intromisión abusiva por parte del Estado en el libre desenvolvimiento de la personalidad.

Finalmente, es necesario referirse a otro argumento del cual se vale Zaffaroni para atribuirle a Kant un supuesto defensismo social radical, y que se refiere a la cercanía de la filosofía política de Kant con la de Hobbes. En esta idea, aunque el autor argentino no se extiende en demasía, sin embargo, para debatirla extensamente se requeriría de un estudio de fondo de la filosofía política de ambos autores; dicha tarea de comparación la ha asumido en Venezuela Omar Astorga, quien ha dedicado al estudio de Hobbes importantes trabajos, de los cuales podemos destacar: *La presencia de Hobbes en el pensamiento político de Kant* (1993) y *El pensamiento político moderno: Hobbes, Locke y Kant* (1999) por lo cual remitimos a tales obras en las cuales se estudia el interesante tema.

De momento, sólo afirmamos que le asiste la razón a Zaffaroni cuando destaca la cercanía en la filosofía política de ambos pensadores, no obstante, no vemos posible que de la sola «filiación» de las ideas de Kant y Hobbes, en un ámbito de reflexión filosófica, sea posible extraer interpretaciones que impidan hallar distingos entre ambos filósofos en la fundamentación de la pena,³³ esto a pesar

³² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 20: Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social.

³³ Así define la pena Hobbes: “Una pena es un daño infligido por la autoridad pública sobre alguien que ha hecho u omitido lo que se juzga por la misma autoridad como una transgresión a la ley, con el fin de la voluntad de los hombres pueda quedar, de ese modo mejor dispuesta para la obediencia.”

de que efectivamente sea marcada la influencia de Hobbes en Kant, y en gran parte de la manera de hacer filosofía política en los pensadores de los siglos XVII y XVIII, y que permiten hablar de un «modelo hobbesiano» de hacer filosofía política (Astorga, 1999).³⁴

Si Kant con sus reflexiones sobre epistemología y ética, como hemos dicho, partió en un antes y un después la reflexión filosófica en tales ámbitos, en cambio, en la reflexión política le correspondió a Thomas Hobbes, con su *Leviatán*, proponer un nuevo modelo de pensar en la política, y como pensador de proyección paradigmática, no puede estar exento de la controversia, por lo cual ha llegado a ser tildado hasta de «bestia negra», siendo seguido, paradójicamente, hasta por sus adversarios, entre los cuales se cuenta a Kant en ciertas partes de su filosofía.

Volviendo a nuestro tema, el autor argentino apoya su tesis atribuyendo a la filosofía kantiana consecuencias que son propias y viables sostener en Hobbes, pero cuya extrapolación al pensamiento de Kant, con el solo argumento de cercanía en la justificación del Estado, no es suficiente ni sostenible, pues aunque Kant se haya inspirado en parte de su pensamiento político en el filósofo inglés no se le puede interpretar en términos similares, mucho menos desde que ambos se diferencian en la consideración o no de derechos inalienables frente al soberano,³⁵ así como en el sostenimiento de un modelo de Estado distinto – a pesar de la cercanía- (absoluto en Hobbes) (liberal-jurídico en Kant), aun cuando perviva, en ambos pensadores, la idea de que el estado de naturaleza es la negación del estado civil, y aun cuando el propio Kant haya pensado en

(2006: 26). Puede apreciarse que Hobbes prescinde de toda finalidad moral en la pena. Sobre la pena en Hobbes, en Costa (1953: 72).

³⁴ Sostiene el autor: "... si se hace abstracción de la diversas tematizaciones que aparecen en el seno del pensamiento político, desde Hobbes hasta Kant, es posible encontrar una forma común de legitimar la existencia del Estado. Esa forma común está constituida por un conjunto de conceptos a través de los cuales se piensa el tránsito del hombre al ciudadano. Se trata de los conceptos de derecho natural, estado de naturaleza, contrato y estado civil, estructurados de tal modo que hacen posible pensar la política como fruto de la racionalidad y el artificio. De allí que se suele agrupar a buena para de la filosofía política moderna bajo la denominación de «contractualismo», entendiendo con ello el proyecto de justificar el Estado y la creación del Estado a partir del consenso que es posible alcanzar racionalmente, sin necesidad de acudir a la historia. El contractualismo supone, en artificio de la razón, el antagonismo entre el estado de naturaleza y el estado civil." (Astorga, 1999: 319).

³⁵ En cuanto a la consideración de derechos innatos e inalienables que pertenecen a la humanidad, Kant (2003: 15).

la posibilidad de obligar a entrar en una constitución ciudadana, o al abandono de la vecindad, pues, según expresa, quien no participa del estado comunitario, puede llegar a ser tratado como enemigo,³⁶ con lo cual, se acerca de forma peligrosa a Hobbes,³⁷ en cuanto a la negación de toda posibilidad de rebelión.

Sin embargo, aunque se afirmara la filiación entre ambos autores,³⁸ filiación no es igual a identidad, y presentar conclusiones del anti-Hobbes de Feurbach –kantiano con salvedades- como extraídas del pensamiento de Kant, es decir, formulando una especie de anti-Kant, constituye una riesgosa conclusión que, repetimos, pasa por alto las distinciones de los dos pensadores desde el punto de vista del modelo de Estado que fundamentan.

Además, aparte de las distinciones de ambos autores entre sí, también es dable percibir entre Hobbes y Kant diferencias para con ellos mismos: por ejemplo, la perspectiva del Kant que reflexiona en ética no es la del Kant

³⁶ Así lo expresaba Kant: “El Estado de paz debe, por tanto, ser instaurado, pues la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz y si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado legal), cada uno puede considerar como enemigo a quien no proporcione esa seguridad...Pero un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de esta seguridad y me está lesionando ya, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (facto) ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado (status injusto), que es una constante amenaza para mí. Yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o a apartarse de mi lado.” Idem, p. 14. No en vano Günther Jakobs coloca a ambos autores como referentes filosóficos del Derecho penal del enemigo. Es discutible si constituyen o no fundamento (en sentido filosófico) para su tesis.

³⁷ Sobre el estado de enemistad en Hobbes y Kant, puede verse en cualquiera de las obras recientes sobre Derecho Penal del Enemigo de Günther Jakobs, entre otras: *La pena estatal: significado y finalidad* (2006) y *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (2004). Por lo que se refiere a la guerra en ambos filósofos, Bobbio en *El problema de la guerra y las vías de la paz* (2000).

³⁸ También hubo cercanía en los rasgos que ambos pensadores identificaron en la especie humana, en efecto, escribía Kant: “No puede uno librarse de cierta indignación al observar su actuación en la escena del gran teatro del mundo, pues, aun cuando aparezcan destellos de prudencia en algún que otro caso aislado, haciendo balance del conjunto se diría que todo ha sido urdido por una locura y una vanidad infantiles e incluso, con frecuencia, por una maldad y un afán destructivo asimismo pueriles; de suerte que no sabe qué idea debe hacerse de tan engreída especie.” (2004: 98). Por su parte, Hobbes no se muestra tan dubitativo como Kant y en cambio sí destaca como rasgos distintivos del hombre la locura, la maldad y el afán destructivo que, a decir, de Astorga, se le puede llamar genéricamente «deseo de poder» de ahí su consideración del hombre como lobo del hombre. Se percibe, pues, la cercanía de la insociable sociabilidad de Kant –que procura no formarse una idea final del hombre- aunque de hecho la presenta-, al hombre voraz de Hobbes, quien dando muestra de gallardía si se atrevió a llamar al hombre «lobo del hombre» (*homo homini lupus*) (Hobbes, 2006: 55-56 y 100-105). Sobre la cercanía de ambos pensadores en la consideración de la raza humana, Astorga (1993).

que filosofa en política –al menos no el más Kant, pues el de la ética, con relación al tiempo, lo más lejos que llega y puede llegar es al presente –escenario de lo posible-, mientras que el Kant político no puede ser más que un filósofo del futuro.³⁹ En otras palabras: el Kant ético «formal», que, sólo puede llegar hasta el presente, no es el mismo que pudo darse cuenta de que el discurso político no puede conformarse con el sólo ideal –ético-formal (aunque parta de él), sino que también requiere de cierto pragmatismo que, en su caso, como el de cualquiera que piense la política, le llevó a pensar en el mañana, y de forma irremediable (para Kant) le llevó a acercarse a Hobbes; lo cual permite asomar una idea con relación a Kant: sus reflexiones en política y Derecho no tienen los mismos decibeles que su edificio ético,⁴⁰ y aquellas se hallan más cercanas entre sí que a la propia ética, siendo ésta un tipo de discurso que les interpela de forma permanente.

No obstante, debe recordarse que la postura kantiana sobre la pena es reconocida como ética, y no como política, siendo que en este ámbito la distinción entre ambas se torna fundamental. En suma: Zaffaroni lo que ve en Kant (sobre el punto) lo ve bien, con altura; en cambio, lo que no ve es de tal factura que distorsiona de forma terminante lo que ve.

5.- Méritos y críticas de la teoría retributiva de Kant

Visto lo anterior, no podemos dejar de destacar algunas de las críticas y méritos más importantes que se han reconocido a la teoría retributiva de Kant, algunas formuladas por filósofos, otras por penalistas, y finalmente, otras planteadas por filósofos penalistas y viceversa.

Por lo que se refiere a las críticas,⁴¹ Roxin recoge hasta tres: i) la idea de retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un acto de

³⁹ En cuanto a la distancia entre ética y política desde la concepción del tiempo, Savater (1998: 97 y ss.).

⁴⁰ Esta idea aparece con claridad en Arendt, quien citando a Schopenhauer escribe: “Respecto de la Teoría del Derecho (o de la ley) –que sólo se encuentra en el libro editado por Reiss, el cual con toda probabilidad resulte demasiado aburrido y pedante leerlo- es difícil no estar de acuerdo con Schopenhauer, quien dijo: «Parece como si no fuera la obra de este gran hombre, sino el fruto del mediocre pensamiento de un hombre común (gewöhnlicher Erdensohn)». El concepto de ley posee una considerable importancia en la filosofía práctica de Kant, pero si se quiere estudiar la filosofía del derecho en general, no debemos dirigirnos a Kant, sino a Pufendorf, Grocio o Montesquieu”. (2003: 22-23).

⁴¹ Sobre las críticas a la postura kantiana, en Jiménez (1963: 42-43).

fe; ii) la posibilidad de culpabilidad humana presupone la libertad de voluntad (el libre albedrío), y su existencia es indemostrable;⁴² y iii) queda sin resolver la cuestión decisiva, a saber, bajo qué presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar: la teoría de la retribución presupone la necesidad de la pena, que debería fundamentar (Roxin, 1991: 12 y ss.).

La primera⁴³ de las críticas, equipara la asunción de la retribución por el Estado al espíritu de venganza⁴⁴ que subyace en la pena y no ve posibilidad alguna de que el Estado expíe al delincuente sin hacer maleable su condición de persona porque precisamente, en palabras de Roxin, una vivencia expiatoria de tal naturaleza constituye un acto moral autónomo que, por tal motivo, el Estado al subrogársela anula la autonomía moral (Roxin, 2003: 85).

La segunda crítica planteada relacionada con la indemostrabilidad del libre albedrío,⁴⁵ la explica Roxin, así: "... 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 menos irresoluble, dado que apenas sabemos nada sobre los procesos microfísicas del cerebro humano..." (1991: 13).

La respuesta a esta crítica puede dar las bases para extenderse demasiado, de momento sólo diremos que si el libre albedrío (entendido con Welzel, como la posibilidad de poderse orientar conforme a sentido) es indemostrable, no en menor medida lo es, por ejemplo, el mito de la resocialización,⁴⁶ sobre el

⁴² Sobre la culpabilidad como fundamento y límite de la pena, Cerezo (1980).

⁴³ La parte complementaria de la crítica de Roxin se refiere a la fundamentación religiosa de las teorías absolutas y no a la kantiana.

⁴⁴ Al espíritu de venganza que subyace en la pena ya se refería Nietzsche: "...Únicamente esto es, en verdad, la venganza: la hostilidad enconada de la voluntad al tiempo y su "así fue". Grande es la locura de nuestra voluntad; ¡y al aprender esta locura, el espíritu ha llegado a ser la maldición de todo lo humano! El espíritu de venganza, amigos míos, ha sido hasta ahora lo mejor de la recapacitación humana; y donde quiera que hubiera sufrimiento había empeño en castigar. Pues la venganza se llama así misma "castigo"; con esta palabra mendaz finge una conciencia tranquila. ¡Y como el que quiere, sufre porque no puede querer hacia atrás, el querer mismo y toda la vida debían ser –un castigo!..." (Nietzsche, 1999: 53). No en vano Martínez ya reconoce en Nietzsche un fundamento filosófico para la perspectiva abolicionista (1992).

⁴⁵ Sobre la relevancia del libre albedrío para el Derecho Penal, Welzel (1973). En Venezuela sostiene la indemostrabilidad del libre albedrío, Bello, al afirmar: "Como el mismo autor citado –se refiere a Quintero Olivares– recuerda, este principio –alusión a la culpabilidad– ha estado ligado tradicionalmente al libre albedrío, que en sí mismo es científicamente indemostrable..." (1994: 25).

⁴⁶ En cuanto a la resocialización como mito, Muñoz (1973); también García (1974) y Baratta (1996).

cual se sostiene una clase de Derecho penal preventivo.⁴⁷ Aquí es pertinente reproducir la crítica que formula Zaffaroni a la postura de Roxin y Jakobs que, sin embargo, *mutatis mutandi*, se torna acorde para todas las tesis que sostienen la indemostrabilidad del libre albedrío sobre base funcionalista: “Es dable advertir que se parte del duro ataque a la pretendida falta de prueba del viejo libre albedrío, pero se acepta sin recelo y apodócticamente el concepto de prevención” (Zaffaroni, 2002: 640).

En la acera propiamente filosófica, nos dice Savater. apoyándose en Sartre:

«Dudar de que el hombre elija libremente viene a equivaler, a fin de cuentas, a dudar de que sea un ser realmente activo en sí y para sí. Como en todos los momentos verdaderamente cruciales, la filosofía nos falla: no hay ningún argumento irrefutable a favor de la voluntad libre ni en contra... Sabemos, eso sí, que ninguna conciencia puede seguir siéndolo si se le priva de autodeterminación, según el razonamiento que nos propuso Sartre: «Una conciencia determinada, es decir, motivada en exterioridad, se convierte ella misma en exterioridad y deja de ser conciencia» (El ser y la nada)» (1998: 44).

La tercera crítica planteada por Roxin es consecuente con su planteo general del Derecho penal:⁴⁸ la teoría de la retribución no explica cuándo se tiene que penar, es decir, no indica bajo qué presupuestos la culpabilidad⁴⁹ humana

⁴⁷ En España Gimbernat se pronuncia a favor de renunciar a la culpabilidad como fundamento y límite de la pena, la cual encontraría su justificación y su medida en las exigencias de prevención general y especial (1976). Críticamente sobre esto, Cerezo (1980: 349-354). En Venezuela es pacífica la admisión de la culpabilidad como fundamento y límite de la pena, por ejemplo, Modolell, quien escribe: “...el reproche de culpabilidad fundamenta y concretiza la pena. Ésta intenta adecuarse a las características especiales del autor para determinar la clase y quantum de la pena, en el marco de la previsión legal.” (2006: 38). En general, sobre los intentos de reemplazar la culpabilidad, Zaffaroni (2002: 635-640).

⁴⁸ Destaca Roxin: “...la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria.” (2003: 84).

⁴⁹ Esta crítica se puede complementar con la de Jakobs: “... también una pena adecuada a la culpabilidad ajena a fines no sería más que una simple quimera en lo que respecta a su medida: o bien se trata de una pena que esconde una correspondencia con fines –en ese caso tendría una medida, pero en realidad no serviría a la pura compensación de la culpabilidad-, o bien se mantiene ajena a fines y con ello carente de cualquier vínculo con intereses cuantificables, en sentido textual incommensurable.” (2006: 112).

autoriza al Estado a castigar (Roxin, 1991: 13). Esta es una crítica contundente sobre la base del modelo de Estado acogido en la postguerra alemana y vigente, con un agregado adicional, en Venezuela: El Estado social y democrático de Derecho y de justicia, que implica, al menos, la adopción de algún grado de realismo (que no sabemos si de utilidad)⁵⁰ en el Derecho penal, sobre la base de una aspiración de legitimación democrática.

Esta última crítica de Roxin, conecta con la que formulara Welzel, quien a la par de reconocer el mérito principal de las teorías absolutas – fundamentalmente las kantiana y hegeliana- que, por su significado acrisolado y su revestimiento de sentido a la pena, imbrican al Derecho penal con la ética, o mejor aún, le dan base ética. No obstante, Welzel, le critica a tales teorías su divorcio y olvido de la realidad precisamente por el ahínco idealista sobre el cual se sostienen, por lo que escribe:

“... Si la misión de la justicia penal del Estado no es la realización de la justicia en sí, sino el mantenimiento de un orden jurídico, entonces pertenece la función real de la pena a su naturaleza y, por cierto, no solamente como influencia sobre la persona del hombre (afirmación del juicio moral, sino, también, como influencia sobre funciones inferiores (a través de una intimidación y mejoramiento). Como el hombre es una unidad, así le afecta también la pena como integridad personal...” (1956: 236).

Welzel distinguió el aspecto estatal de la pena del aspecto personal. A éste último pertenecen el problema del sentido y el problema de la impresión de la pena, según se refiera sólo a la retribución justa y que parte de la consideración de la función superior del querer y el conocer, o en cambio, al problema de vivir y sentir la pena como mal; sin embargo, lo importante es qué sentido e impresión conforman el aspecto personal de la pena o, en

⁵⁰ En la misma línea de la crítica de Roxin, escribe Binder: “... en este primer plano la consecuencia del principio que estudiamos es que el sistema de garantías le exige al Estado que la excepcional autorización a usar sus instrumentos violentos debe procurar una finalidad social, no puede ser puro ejercicio de fuerza ni pura reacción y ello debe ser demostrado en cada caso. Es decir, los jueces antes de autorizar al Estado a usar la violencia deben constatar la utilidad en el caso de esa reacción. *No hay pena admisible sin utilidad. El carácter instrumental del Estado proscribire toda reacción violenta fundada en la pura retribución.*” (2004: 310. Cursivas fuera del texto).

palabras del propio autor, «su naturaleza» y que Welzel parte de que al sufrimiento de la pena –que es un mal– por el autor, lo presencian sus coetáneos tanto en cuanto sentido, como en cuanto impresión.

Por lo que se refiere al aspecto estatal, acepta que de la justificación absoluta de la pena, en cuanto tal, no surge conclusión alguna sobre realmente quién debe penar, pues el deber de penar no lo tiene el Estado como legado histórico, sino que, antes bien, surge de la necesidad de la pena para el sostenimiento del orden jurídico, esto aunque deba penar con justicia. En otras palabras: el Estado moderno antes de penar justamente, debe preguntarse si debe penar, y tal respuesta –a decir de Welzel– no deriva aun de la justificación, sino de la necesidad para «afirmar el orden de la comunidad». Debe destacarse que la crítica de Welzel, aunque tiene como blanco las teorías absolutas, en última instancia tiene filiación con la postura de Hegel.⁵¹

En descargo de Kant, debemos decir que, como todo pensador –aun cuando fuese póstumo, su teoría no era propiamente elaborada por un penalista, y aunque haya pensado el tema profundamente hay espacios vacíos en su distinción entre moralidad (autónoma) y legalidad (heterónoma),⁵² sin dejar de lado que el modelo de Estado al que le habla Kant es diametralmente distinto al de los momentos actuales, en el cual no cabe presuponer la legitimidad del Estado para castigar, pues es de sobra reconocido que el poder toma espacios ahí donde se parte de su presunción de legitimidad;⁵³ en cambio, la opción es por acorralar los espacios de abusos de los que se hace un Estado degenerado, es decir, de un Estado autoritario, que puede valerse de dicha presunción para hacer del poder un reinado que criminalice según la oportunidad política le demande.

⁵¹ Por más, Zaffaroni (2002: 61-62).

⁵² Destaca Ferrajoli: “Así, la pretensión kantiana de que el derecho debería castigar la «maldad interna» es ciertamente el reflejo de una incorrecta confusión entre derecho y moral, y abre camino a modelos anticognoscitivistas de inquisición y de punición, referidos no a lo que se ha hecho sino a lo que se es.”(2004: 489).

⁵³ Sobre el problema de la legitimidad por el postulado del imperativo categórico en Kant, Jakobs (1997: 22). En cuanto al problema de legitimidad de fondo en los sistemas penales Zaffaroni (1990); Baratta (1986); Ferrajoli (2004) y Rosales (1996).

Finalmente, en cuanto a las críticas que se han formulado a la postura kantiana, cabe hacer mención aparte a las que formula Klug, quien destaca varias críticas que a cualquier lector inadvertido pudieran cautivar. En algunas se refiere específicamente a Kant, en otras a Hegel:

“... En primer término, puede preguntarse si es posible mantener los puntos de vista de la teoría del conocimiento de ambas filosofías que han sido cuestionadas... 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 está obligado en consecuencia a aceptar tal creencia...” (Klug, 1970).

Esta crítica parece revelar cierto desconocimiento e incomprensión por parte del autor de la filosofía de Kant. En efecto, por ejemplo, decir que “puede preguntarse si es posible mantener los puntos de vista de la teoría del conocimiento de ambas filosofías que han sido cuestionadas”, sin mencionar siquiera qué críticas se plantean a la epistemología, verbigracia, kantiana es, a todas luces, poco convincente por falta de fundamento, pues deben considerarse para no confundir niveles de reflexión filosófica, y eso es precisamente lo que no hace el autor al extrapolar cuestiones propias de la teoría del conocimiento a un ámbito de filosofía práctica sin hilo conductor alguno; igualmente, decir que la retribución es únicamente un enunciado⁵⁴ porque no ha sido probado, es un equívoco y una incomprensión de la reflexión ética de Kant, ya que el filósofo alemán no entra en la consideración de eventos particulares⁵⁵ ni, menos todavía, en

⁵⁴ Interpreta las tesis retribucionistas, sin distinguir, como una tesis lógica, Rabossi (1970: 194). En Venezuela, en cambio, le atribuye un supuesto paralogismo a la tesis kantiana, Granados (1997: 42). El autor venezolano parece desconocer la evolución del término paralogismo que el propio Kant trató con profundidad en la Dialéctica trascendental de la Crítica de la Razón Pura, por tanto, esta crítica es insostenible a menos que el autor haya tratado de equiparar paralogismo con sofisma, lo cual puede ser catalogado de aventurado.

⁵⁵ De ahí que también deba ser objetada la crítica de Klug concerniente a que el imperativo categórico “yo no debo obrar nunca más que de modo que pueda querer que mi máxima deba convertirse en ley universal”, es supuestamente falto de contenido pues Kant, en su parecer, no aclara “el problema relativo a qué clase de ley general habrá que referirse” (1970: 34); lo que el propio Kant ya había aclarado –distanciándose de visiones empiristas. Decía: “Aquí es la mera legalidad en general –sin poner por fundamento ninguna ley determinada a ciertas acciones- la

argumentos empíricos que avalen lo que en ética tiene que decir, pues necesidad objetiva y universalidad son sus atributos, de ahí la consideración como imperativos categóricos; por lo que se refiere a la afirmación de Klug, sobre que “simplemente se da a conocer una creencia, y no un conocimiento,⁵⁶ es también errada, porque Klug no precisa bajo qué premisa emplea el término creencia, en cambio, el propio Kant distinguió entre opinión, saber y creencia en la *Crítica de la Razón Pura*.

El principal mérito que se reconoce a la visión kantiana y que ya hemos referido, es que su posición coloca a la persona (entendida como fin en sí misma)⁵⁷ en el núcleo de todo sistema (ético, político o jurídico), lo cual, en todo momento, es conveniente tenerlo presente ante los avances de un tipo de ingeniería social que pretende desplazar a la persona y su dignidad a costa de sistemas sociales que parten de la condición gregaria del hombre, pero que le dejan sin ropaje de dignidad, pretendiendo que exista sin coexistir, o que viva sin convivir.⁵⁸

Ciertamente, Kant al ubicar al hombre o persona autónoma como el ente principal de su reflexión sobre ética, nos ha dejado un camino a seguir y perfeccionar ante los constantes embates a los que se enfrenta cada día la

que sirve de principio a la voluntad, y tiene que servirle de principio si el deber no ha de ser por doquiera una vana ilusión y un concepto quimérico...” (Kant, 2007: 488).

⁵⁶ Ir al fondo de la distinción entre opinión, saber y creencia, escapa a la intención de nuestro estudio. De momento sólo agregamos que en Kant únicamente se puede formular como juicio necesariamente válido para todos, lo que produce convicción con suficiencia objetiva. Al respecto, Kant (2006: 639-646).

⁵⁷ Welzel interpreta el imperativo categórico kantiano, así: “Porque la persona alcanza un valor independiente de toda consideración final en virtud de su entrega autónoma y libre a lo debido moralmente; por ello también tiene que ser reconocida por todos los demás en éste su valor ético “absoluto” y sustraída a todo punto de vista utilitario...Ello significa que el hombre, es decir, la persona autónoma, no puede ser considerado nunca como medio, sino siempre como fin en sí mismo. ¿Qué significa, empero “no utilizar nunca a la Humanidad en la persona de un hombre como mero medio, sino siempre como fin último? Solo la existencia empírica del hombre puede, en realidad, ser utilizada como medio. Sólo la libertad externa, no la libertad moral, es decir, la autonomía, puede ser aniquilada desde el exterior. Sólo la persona misma puede destruir la “Humanidad en ella misma, la autonomía moral, y ello por un error heterónomo... El contenido más exacto de aquella fórmula sería: utilizar la persona en su existencia empírica, sólo en cuanto que su hacer o padecer es en sí la realización o verificación de la personal moral.” Welzel (2005: 229 y ss.).

⁵⁸ Al respecto es terminante Zaffaroni: “Esta oposición entre humano y la sociedad es siempre falsa, desde que no hay existencia que al mismo tiempo no sea coexistencia.” (2002: 611). Olvidando precisamente que convivir en propiamente vivir, mas allá de existir.

persona en un mundo más complejo, en el cual las relaciones de poder (político y económico), a costa de una lejana cercanía, se presentan como tentativas de arrollamiento a la autonomía del hombre y supresoras del libre desarrollo de la personalidad, acorralándola, cada vez más, en un entresijo de juego de poderes que se le oculta con los espejismos de la herramienta tecnológica que, de medio se le quiere hacer pasar por fin.

El otro mérito, sobradamente reconocido de la postura kantiana, es el relacionado con la proporcionalidad⁵⁹ del castigo, porque al basar la pena con la constatación previa de su merecimiento por la persona y en su dignidad, en el fondo lo que nos trasmite Kant, es que sobre la base de este edificio teórico está el libre albedrío y, ciertamente, la persona es digna de castigo en la medida en que ha elegido de una gama de posibilidades tal o cual comportamiento, es decir, cuando ha usado su capacidad de autodeterminación y sostiene su responsabilidad.

Por tal razón, la proporcionalidad se refiere a que debe mediar racionalidad⁶⁰ y razonabilidad entre la pena judicial y el hecho de la persona que ha delinquido,⁶¹ quien lo ha hecho precisamente por ser portadores de libre albedrío; de tal manera que la postura de Kant⁶² –también la de

⁵⁹ Ya Platón abogaba por la proporcionalidad entre delito y pena: “Clinias, ¿qué es lo que piensas cuando dices que es preciso no hacer diferencia entre un robo grande y uno pequeño, ni fijar tampoco la atención en si se ha cometido en un templo o en un lugar sagrado, ni en ninguna de las demás circunstancias que alteran la condición del robo? Me parece que el legislador debe dictar penas diferentes según la diversidad de las condiciones del robo.” (1984: 211).

⁶⁰ Le da jerarquía de principio Rosales, que escribe: “Este principio tiene que ver, por un lado, con la necesidad y utilidad de la intervención punitiva, momento en que se entrelaza con el principio de bien jurídico (incluso insignificancia) y con los principios de mínima intervención y subsidiariedad. En tal sentido, obliga al intérprete a ponderar ventajas de las consecuencias punitivas y del tipo de consecuencias que dejará operar en relación con la posibilidad de enervar la intervención punitiva o seleccionar el orden de la intervención penal, según las condiciones individuales, personales, familiares y sociales.” (1996: 106).

⁶¹ Por tanto, no es que per se puedan deducir reglas de proporcionalidad –pretendiendo que en la imposición de la pena lo adecuado sea sólo el cálculo–, en otras palabras, haciendo de la pena un problema de aritmético, antes bien, lo adecuado es entender la proporcionalidad en su dimensión política y, claro, como un principio general de la actividad de impartir justicia.

⁶² Así lo refleja también Roxin: “Si la pena “corresponder” a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida una función de salvaguardia de la libertad.” (2003: 84).

Hegel-, tiene el mérito, como escribe Mir, de fijar un límite de garantía para el ciudadano, pues no se puede castigar más allá de la gravedad del delito que se ha cometido (1996).

6.- Conclusiones

Es verdad que la pena, en nuestros días, no puede ser comprendida como pura retribución (sostener lo contrario luce extravagante y peligroso), pues implicaría, por ejemplo, pensar nuestra realidad sólo en función de la autoridad intelectual de Kant o Hegel, quienes, a pesar de la profundidad de sus reflexiones, no pueden ser descontextualizados sin correr el riesgo de hacerles decir cuestiones que les haga perder su valor, pues parafraseando a Savater, afirmamos que las ideas no es que pierdan su valor con el paso del tiempo, sino que precisamente carecen de él si no se sabe en cuál tiempo están inmersas.⁶³⁴

A pesar de lo anterior, la fundamentación ética de la pena de Immanuel Kant, pertenece al legado cultural y a la pléyade de reflexiones que hacen parte de la tradición jusfilosófica del penalista, la cual, en los últimos tiempos, se ha hecho corriente dejar a un lado, ello aun en desmedro de la necesidad de comprensión que acompaña al hombre contemporáneo.

Ante un escenario de perplejidades que a toda costa procura hacer del pensar una moda superada, y donde de forma lamentable la voz de la discusión pretende orientarse entre la prédica demagógica y la ceguera intelectual, la vuelta a Kant –en cuanto reflexión se refiere- está harto justificada, ya que si bien el filósofo alemán no vivió en un mundo complejo como el nuestro, sin embargo, con el ejemplo de su profundidad en la reflexión, nos dio ciertas pistas (valiosas) para afrontar la complejidad que al hombre actual le toca vivir y comprender.

En un campo como el nuestro, lo anterior, es sólo una parte de la asignatura, porque también se debe sumar, a la lista de deberes, afrontar y confrontar la arbitrariedad “organizada” que se pretende imponer relegando y

⁶³ Cfr. en Savater (1994).

manipulando a la persona, y que subrepticamente recurre a discursos poderdantes que, en ocasiones, por su apariencia de profundidad, obnubilan en lugar de allanar el entendimiento, sin dejar de lado aquellos discursos vacíos que usan como panaceas el miedo y el tedio a pensar; razones éstas de sobra para tener a un filósofo como Kant en cuenta, sobre todo, partiendo de la base de que la ética nunca podrá ser un discurso demodé, pues su presente es de permanente interpelación ante la instrumentalización del hombre que, siempre está en proyecto, de quienes olvidan que ni en política ni en Derecho el fin justifica los medios.

Por otra parte, todo aquel que intente discurrir en el intrincado mundo de la ética como vivencia reflexiva no requiere de mucha causticidad para reconocer que la propuesta kantiana «deber ser» un camino por andar en algún momento y, con mayor razón, si quien lo recorra procure gestarse un sendero propio, es decir, que pretenda adentrarse en la aventura del pensar por sus linderos, haciéndose parte de una tradición filosófica que, lógicamente, debe ver en el contexto que le toca vivir... pero también puede, en clave nietzscheana, hablar a las postrimerías aunque para ello deberá ser filósofo con mayúscula(s).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abbagnano, N. (1973). *Historia de la Filosofía, Tomo II*. Traducción de Juan Estelrich y J. Pérez Ballestar, Montaner y Simón, S.A. Barcelona: España.
- Arendt, H. (2003). *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*. Traducción de Mario Eskenazi. Paidós. Barcelona: España.
- Arteaga, A. (2006). *Derecho Penal Venezolano*. (11a ed.). McGrawHill. Caracas.
- Astorga, O. (1999). *El pensamiento político moderno: Hobbes, Locke y Kant*. EBVC. Caracas.
- Astorga, Omar, La presencia de Hobbes en el pensamiento político de Kant, en apuntes filosóficos, UCV, EF, N° 3, 1993.
- Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Siglo XXI. Buenos Aires.
- _____ (1996). “Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración” social del condenado.” En: Anuario del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela, N° 13-14. Caracas.
- Bello, C. (1987). “Breves consideraciones acerca de la relación entre los fines de la pena y su cálculo.” En Revista N° 68 de la FCJP de la UCV, en Edición Homenaje al Dr. Luis Loreto. Caracas.
- _____ (1994). “Los principios penales.” En: Anuario del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- _____ (1996). “De nuevo sobre los principios penales.” En Rosales/ Bello/ Borrego, *Constitución, principios y garantías penales*. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Binder, A. (2004). *Introducción al Derecho Penal*. Ad-Hoc. Buenos Aires.
- Bobbio, N. (2000). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Traducción de Jorge Binaghi. Editorial Gedisa. Barcelona: España.
- Carrara, F. (1973). *Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen II*. (2a ed.). Traducción de José J. Oretga Torres y Jorge Guerrero Temis. Bogotá.
- Carrasquilla, J. (1998). *Principios y normas rectoras del Derecho Penal*. Leyer. Bogotá.

- Castro, B. (1967). "Consideraciones sobre la pena." En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XX, Fascículos I y II. BOE. Madrid.
- Cerezo, J. (1980). "Culpabilidad y pena." En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIV, Fascículo II. BOE. Madrid.
- Chiossone, T. (1992). *Manual de Derecho Penal Venezolano*. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Cofré, J. (2001). "La dimensión filosófica y moral de la pena." En Revista de Derecho (Vaildivia), dic. 2001, Vol.12, N° 2, pp.123-135. Issn 0718-0950 (Formato Iso).
- Costa, F. (1953). *El Delito y la Penal en la Historia de la Filosofía*. Traducción de Mariano Ruiz-Funes. Editorial Hispano-Americana. México, D.F.
- Donna, E. (1992). "La pena de muerte analizada a la luz de la fundamentación de la pena." En Doctrina Penal. Buenos Aires.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y razón*. (6a ed). Traducción de Juan Carlos Bayón, Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Editorial Trotta, S.A. Madrid.
- Figuroa, Y. (1998). "Algunas opiniones de la dogmática alemana en cuanto a la finalidad de la pena." En Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Compiladores Carlos Simón Bello y Elsie Rosales. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Fletcher, G. (1997). *Conceptos Básicos del Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Tirant lo blanch. Valencia: España.
- García-Pablos de Molina, A. (1974). "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo." En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXII, Fascículo III. BOE. Madrid.
- Gimbernat, E. (1976). *Estudios de Derecho Penal*. Civitas. Madrid.
- Granados, F. (1997). *Fundamentación Filosófica del Delito*. Vadell Hermanos. Caracas.
- Heymann, E. (1999). *Decantaciones kantianas*. Facultad de Humanidades y Educación. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Hobbes, T. (2006). *Leviatán*. (2a ed.). Traducción de Manuel Sánchez. Fondo de Cultura Económica. México.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. (2a ed.). Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrana Rodríguez de Murillo, Marcial Pons. Madrid.
- _____ (2006). *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, y Bernardo Feijoo Sánchez. Civitas. Madrid.

- _____ (2004). *Dogmática del Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*. Traducción de Teresa Manso Porto, Javier Sánchez Vera y otros. Civitas. Madrid.
- Jiménez, L. (1963). *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. (2a ed.). Editorial Losada, S.A. Buenos Aires.
- Kant, I. (1961). *Crítica de la razón práctica*. (3a ed.). Traducción de Rovira Armengol. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires.
- _____ (1989). *Metafísica de las costumbres*. Traducción y notas de Adela Cortina Orts Jesús Conill Sancho. Tecnos, S. A. Madrid.
- _____ (2003). *Sobre la paz perpetua*. (6a ed.). Traducción de Joaquín Abellan, Tecnos, S.A. Madrid.
- _____ (2004). “Idea para una historia universal en clave cosmopolita.” En: *¿Qué es la ilustración?* Traducción de Roberto Aramayo y Concha Roldán, Editorial Alianza. Madrid.
- _____ (2006). *Crítica de la razón pura*. Traducción de Pedro Ribas, Taurus. México, D. F.
- _____ (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducción de Manuel García Morente. Edición Pedro Rosario Barbosa. Puerto Rico.
- Klug, U. (1970). “Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel.” Traducción de Enrique Bacigalupo. En: *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho, Homenaje a Luis Jiménez de Asúa*. Pannedille. Buenos Aires.
- Marx, C. y Federico, E. (1975). *La ideología alemana*. (5a ed.). Traducción de Wenceslao Roces. Ediciones Pueblos Unidos. Buenos Aires.
- Martínez, M. (1992). *El abolicionismo penal*. Temis. Bogotá.
- Maurach, R. y Heinz, Z. (1994). *Derecho Penal. Parte General*. (7a ed.). Traducción de Jorge Bofill y Enrique Aimone. Rastrea. Buenos Aires.
- Mir, S. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. (4a ed.). Barcelona: España.
- Modolell, J. (2006). *Temas Penales*. Publicaciones de ua Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.
- Platón (1984). *Diálogos*. Ediciones Universales. Bogotá.
- Nietzsche, F. (1999). *Así habla Zaratustra*. Traducción Carlos Palazón. Edicomunicación, S.A. Barcelona: Venezuela.
- Rabossi, E. (1970). “Sobre la justificación moral del castigo.” En: *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho, homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Pannedille. Buenos Aires.

- Rawls, J. (1997). *Teoría de la Justicia*. (2a ed.). Traducción de María Dolores González. Fondo de Cultura Económica. México, D.F.
- Rodríguez, A. (2006). *Síntesis de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Paredes. Caracas.
- Romagnosi, G. (1956). *Génesis del Derecho Penal*. Traducción de Carmello González Cortina y Jorge Guerrero. Temis. Bogotá.
- Rosales, E. (1996). “Constitución, interpretación jurídica y principios penales.” En: Rosales/ Bello/ Borrego, Constitución, principios y garantías penales. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- _____ (2002). “El sistema penal en apuros: Aproximación al sistema penal venezolano de las últimas décadas.” En: Revista del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.
- Roxin, C. (2003). *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid.
- _____ (1991). *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Reus. Madrid.
- Russell, B. (2010). *Historia de la filosofía occidental. Tomo II*. Traducción de Julio Gómez de la Serna. Espasa Libros. Barcelona: España.
- Savater, F. (1994). *Sobre vivir*. (2a ed.). Ariel, S. A. Barcelona: España.
- _____ (1998). *Invitación a la ética*. (3a ed.). Anagrama. Barcelona: España.
- _____ (2005). *Ética y ciudadanía*. (3a ed.). Monte Ávila. Caracas.
- Silva, J. (2002). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Bosch. Barcelona: España.
- Sosa, J. (1995). *Derecho Penal. Introducción a la Ley Penal*. UCAB. Caracas.
- Stewart, M. (2002). *La verdad sobre todo*. Traducción de Pablo Hermida Lazcano y Pablo de Lora Deltoro. Santillana. Madrid.
- Vethencourt, F. (1998). *Rawls y la moral kantiana*. FHE. Caracas.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Depalma. Buenos Aires.
- _____ (1973). “Reflexiones sobre el «Libre albedrío»”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXVI, Fascículo II. Traducción de José Cerezo Mir. BOE. Madrid.
- _____ (2005). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Traducción de Felipe González Vicen, BdeF Editores. Buenos Aires.

- Zaffaroni, E. (1985). *Derecho Penal, Parte General*. Ediar. Buenos Aires.
- _____ (1987). *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Ediar. Buenos Aires.
- _____ (1990). *En busca de las penas perdidas* (2a ed.). Temis. Bogotá.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar. Buenos Aires.
- _____ (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar. Buenos Aires.