

Derecho Penal del Enemigo y Criminología) bajo la dirección de Prof. Dr. Fritz Sack y Dr. Jürgen Kühling, en el marco del Posgrado en Criminología de la Universidad de Hamburgo.

Krasmann, Susanne 1999, "Regieren über Freiheit. Zur Analyse der Kontrollgesellschaft in foucaultscher Perspektive", en *Kriminologisches Journal*, 31 Jg., H.2, 107-121.

Lapeyronnie, Didier 2001, "Die Ordnung des Formlosen. Die soziale und politische Konstruktion von Rassismus in der französischen Gesellschaft", en: *Mittelweg* 36 10(3):79-92.

Lemke, Thomas 2001, "Max Weber, Norbert Elías y Michel Foucault über Macht und Subjektivierung", en: *Berliner Journal für Soziologie* 11:77-95.

Lemke, Thomas 2002 (1. Aufl. 1997), *Eine Kritik der politischen Vernunft*, Göttingen: Argument.

Newman, Saul 2004, "Terror, Sovereignty and Law: On the Politics of Violence", en: *German Law Journal* Vol. 5 N° 5 – 1 May 2004.

Nogala, Detlef 1995, "Was ist eigentlich so privat an der Privatisierung sozialer Kontrolle?", en: Sack, Fritz (Hrsg.) *Privatisierung staatlicher Kontrolle: Befunde, Konzepte, Tendenzen*, Baden-Baden: Nomos, 234-260.

Ojakangas, Mika 2005, "Impossible Dialogue on Bio-power. Agamben und Foucault", en: *Foucault Studies*, N° 2, Mai 2005: 5-28.

Reuter, Julia 2003, "Der Körper als seismograph gesellschaftlicher (Un-)Ordnung", en: *Kriminologisches Journal* 35.Jg. H.3:201-211.

Rose, Nikolas 2000 (orig. 1994), "Tod des Sozialen? Eine Neubestimmung der Grenzen des Regierens", en: Bröckling/Krasmann/Lemke *Gouvernementalität der Gegenwart*, Frankfurt: Suhrkamp, 72-109.

Rose, Nikolas/ Miller, Peter 1992, "Political power beyond the State: problematics of government", en: *British Journal of Sociology* 43/2, junio, 173-205.

Sack, Fritz 1995, "Prävention – ein alter Gedanke in neuem Gewand. Zur Entwicklung und Kritik der Strukturen ‚postmoderner‘ Kontrolle", en: Gössner, R. (Hrg.) *Mythos Sicherheit. Der hilflose Schrei nach dem starken Staat*, Baden-Baden: Nomos, 429-456.

Sack, Fritz 1998, "Conflicts and convergences in criminology: bringing politics and economy back in", en: Ruggiero, V./ South, N./ Taylor, I.: *The New European Criminology. Crime and Social Order in Europe*, London/ New York, 37-51.

Sack, Fritz 2003, "Governing through Crime", en: *Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um den freiheitlichen Rechtsstaat*. Konferenz der Friedrich-Ebert-Stiftung/ Forum Berlin in Kooperation mit der Humanistischen Union e.V. am 26. März 2003 in Berlin, hrsg. v. Friedrich-Ebert-Stiftung, Forum Berlin, 59-70.

Simon, Jonathan 1997, "Governing Through Crime", en: Fischer, G./ Friedman, L.: *The Crime Conundrum. Essays on Criminal Justice*, New York: Westview Press, 171-190.

Stenson, Kevin 1998, "Beyond histories of the present", en: *Economy and Society* 27:333-352.

Stenson, Kevin 2005, "Sovereignty, biopolitics and the local government of crime in Britain", en: *Theoretical Criminology* Vol.9 (3):265-287.

SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE IMMANUEL KANT*

Kristian Kühl**

I. Introducción

En el sistema universitario de Alemania la Filosofía del Derecho es una asignatura que se enseña mayoritariamente en las facultades de derecho. Eso se hace evidente sobre todo por la gran cantidad de los manuales de Filosofía del Derecho escritos por juristas. Pondremos una pequeña muestra de ello: *Helmut Coing*, Fundamentos de la Filosofía del Derecho (*Grundzüge der Rechtsphilosophie*), 5a ed. 1993; *Arthur Kaufmann*, Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*) 2a ed. 1997; *Wolfgang Naucke*, Conceptos fundamentales de la Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophische Grundbegriffe*), 3a. ed. 1996; *Gustav Radbruch*, Manual de Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie – Studienausgabe*) 2a. ed. 2003; *Kurt Seelmann*, Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*), 3a. ed. 2004; *Reinhold Zippelius*, Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*), 4a. ed. 2003. A diferencia de la filosofía, la jurisprudencia es una ciencia de los manuales, es el género literario preferido por los juristas junto con los comentarios, y este hecho también afecta las ciencias básicas como la Historia del Derecho, la Sociología del Derecho y la Filosofía del Derecho, aunque ésta última no se presta demasiado para ser desarrollado en un manual (lo que no impide que muchos juristas produzcan manuales de Filosofía del Derecho.)

Además de la tendencia de presentar la filosofía del derecho en forma de un manual se hace notorio que en el manejo de la problemática de la filosofía del derecho los juristas direccionan el tema hacia un derecho positivo y buscan una relación con temas actuales, ello también se reproduce en el título de esta contribución. Ello tiene la ventaja que el filosofar jurídicamente no

se escapa a las nubes de conceptos, así pues, no pierde el contacto con la realidad. Pero también tiene la desventaja que las cuestiones fundamentales de la filosofía del derecho y sus problemas generales se vinculan demasiado rápido con problemas actuales cotidianos mediante una acercamiento selectivo ("se escoge lo que se adecua a este instante.")

Para entender bien esta desventaja es importante saber que también los filósofos, en realidad científicos filosóficos, -pero este concepto no existe-, se interesan por la filosofía del derecho, no obstante en un número reducido. Ellos entienden la filosofía como un sistema, por ende ubican la filosofía práctica al lado de la filosofía teórica y colocan la filosofía del derecho junto con la ética al lado de una filosofía práctica. La filosofía del derecho se vuelve de esta manera un área de aplicación de principios de la filosofía práctica y no -como para los juristas- una asignatura básica del derecho como ciencia del derecho positivo. A ese hecho corresponde que por parte de los filósofos la "Filosofía de Derecho" es entendida como concepto competitivo de "Ética del derecho".¹

Esta ubicación de la filosofía del derecho, como lo han realizado los filósofos, la encontramos también en el sistema propuesto por Kant. Él separa su filosofía práctica "*Metafísica de las Costumbres*" de 1797 en dos partes: "Parte primera: Principios Metafísicos del Derecho"² y "Parte Segunda: Principios Metafísicos de la Moral". Según la terminología contemporánea se podría decir que divide la filosofía práctica en Filosofía del Derecho y Ética.

No obstante el reconocimiento que aún goza la filosofía de Kant, la filosofía del derecho, tal como lo presenta en la *Metafísica de las Costumbres*, fue durante mucho tiempo infravalorado en Alemania.³ Las razones para su

¹ Véase, Dietmar von der Pfordten, *Rechtsethik*, 2001.

² La "Doctrina de Derecho" se cita según los Escritos de Kant editado por la Academia Prusiana de Ciencias (*Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften - AA*), Berlín 1902 s., por ejemplo: VI 203 corresponde al Tomo 6, Pág. 203.

³ Más acerca de este tema acompañado de varios ejemplos, véase Kühl, *Rehabilitierung und*

* Título original: "Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Immanuel Kants". Texto traducido del alemán por Dorothea Ortmann y Andy Carrión.

** Catedrático en las Universidades de Tübingen, Erlangen-Nürnberg, Gießen, Alemania.

menosprecio durante más de 150 años son antiguas pero persistentes:

- El texto de la Doctrina del Derecho parece ser oscuro y difícil; algunas partes del texto aparentemente fueron mal ubicadas al momento de su publicación;
- La “*Metafísica de las Costumbres*” a más tardar desde de la condena realizada por Schopenhauer en el año 1820 (“como un muy mal libro”) cuenta como una obra accidentada por la vejez de su autor;
- En la doctrina jurídica, se le reprocha a Kant el haber regresado metodológicamente al dogmatismo y al antiguo derecho natural.

Sobre todo el último punto de la crítica, que se origina a partir de la época de la aplicación de métodos, o del neokantismo que exagera en lo metodológico apareciendo en el cambio del siglo XIX/XX, ha impedido la dedicación estricta con la doctrina del derecho, a tal punto que se reduce todo a un método; argumento que se repite muchas veces incluso en la muy influyente “*Introducción a la Filosofía de Derecho*” de Artur Kaufmann. En tal sentido leemos en la quinta edición de 1989 que Kant presentó en su obra tardía “un punto de vista no muy crítico acerca del Derecho Natural,” especialmente en lo referido a su teoría de la justicia, la cual no se encontraba a la altura de su época (p. 59 s.). Este argumento no ha variado en la 7ª edición actual de 2004 (véase Pág. 56 y ss.), además se reimprime en ella la introducción de la 6ª edición de 2001 sin modificarla, en homenaje a su reciente fallecido autor Artur Kaufmann.⁴

Esta crítica realizada a Kant debe ser rechazada puesto que el tiempo ha demostrado que la misma se ha vuelto obsoleta, ello desde que a partir del inicio de los años ochenta del siglo XX tanto los filósofos del derecho como los juristas dedicados a la filosofía del derecho, se ocuparon de la doctrina del derecho de Kant. El autor de esta contribución ha podido constatar una cierta rehabilitación de la doctrina del derecho a partir del año 1991, lo cual puede ser corroborado con

varios ejemplos específicos.⁵ Aquí añadimos como una evidencia más de ello la aparición de la exitosa serie “*Explicar a los clásicos*”, cuyo primer tomo, titulado: “*Immanuel Kant, comienzos metafísicos de la Doctrina del Derecho*” se publicó en 1999. Este tomo, editado por Otfried Höffe, uno de los filósofos más importantes de la rehabilitación Kantiana, contiene 14 contribuciones de autores de lengua alemana e inglesa, quienes son en su mayoría filósofos y juristas. A la última categoría pertenece el autor de esta contribución, aunque también siguió un estudio en filosofía que concluyó con un doctorado.

II. Elementos para un Estado Social en la doctrina de la propiedad privada

El autor de esta contribución ya se ha planteado en su tesis doctoral en filosofía la pregunta de si la doctrina de la propiedad privada de Kant se encuentra abierta o no a elementos de un Estado social (Véase: Kristian Kühl, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung - Zur Aktualität der kantischen Rechts- und Eigentumslehre*, 1984). Fue grande la resonancia que recibió este trabajo, aunque en su mayor parte crítica. Lamentablemente tenemos que renunciar a presentar la doctrina de la propiedad de Kant en este trabajo, no sin confirmar nuestra tesis de la posibilidad de incluir los elementos de una doctrina para un Estado social.⁶

Según Kant sólo “la voluntad unida a priori” determina en un Estado burgués “qué es derecho, qué es lo justo y qué es lo adecuado.”⁷ Con ello surge la pregunta si esto implica la obligación para el legislativo de dar un reglamento para la interpretación de la propiedad. O ¿acaso el Estado no juega un rol tan importante para asegurar la propiedad provisional adquirida de manera natural? Más concretamente: ¿el rol del Estado es solamente restrictivo para asegurar la propiedad pre-estatal adquirida en un estado natural o su rol es preventivo para ofrecer las condiciones que son necesarias para poder crear una propiedad, y,

en el caso que éstas condiciones hayan desaparecido, volver a establecerlas?. Aparentemente un Estado de bienestar no conjuga con una doctrina de la propiedad privada porque aquella tiene que redistribuir permanentemente los bienes adquiridos sobre la base de una libertad de producción. Una obligación estatal para una distribución equilibrada respecto a las posibilidades de propiedad privada y la libertad de producción encontraríamos quizá en la doctrina de Kant referido a la propiedad.

La crítica que recibió mi tesis – afirmando que un “Estado socialmente funcional y libre” se enmarca dentro del margen de la doctrina de propiedad de Kant - se basa esencialmente en el texto de la doctrina kantiana del derecho, expuesto en la *Metafísica de las Costumbres* de 1797. Este texto realmente no permite una identidad entre una libertad externa, visto como independencia frente a una voluntad ajena y opresiva,⁸ y una libertad que entiende la igualdad de posibilidades como la base para el ejercicio libre de las actividades económicas. De la última no se habla en la filosofía del derecho, por lo menos no de una manera explícita. Por esta razón no vamos a encontrar en ella indicios explícitos para un componente de un Estado de Derecho que fundamente por completo la protección de la propiedad y la libertad. En el § 9, capítulo primero, leemos: la “Constitución burguesa asegura a cada uno lo suyo, pero no lo precisa ni lo determina”.⁹ De manera más específica se añade en § 15, en el segundo capítulo referido a la compra: “Lo indeterminado en relación a la cantidad así como a la cualidad del objeto adquirido hace de esta tarea (de la única originaria adquisición) entre todas las existentes la más difícil de disolverla”,¹⁰ pero tampoco se formula a través de ella un rol activo del Estado para proponer la igualdad de las posibilidades en la adquisición de la propiedad, lo que pondría límites para la adquisición de la propiedad.

A pesar de este resultado inequívoco, en el texto sobre la Doctrina del Derecho encontramos también algunos principios que pueden ser considerados para la adquisición de la propiedad, así como limitaciones para aquel que tiene el

poder sobre ella. En este sentido leemos en el § 46 respecto a la ley positiva: “la obtención de la propiedad no debe estar en contra de la libertad natural y su respectiva igualdad del pueblo porque no debe imposibilitar que cada uno pueda desarrollarse de un estado pasivo hacia un activo”.¹¹ Como el “estado activo” está principalmente relacionado a la obtención de la propiedad se podría derivar de esta exigencia que la posibilidad para evolucionarse hacia un propietario no debe estar obstruida. El texto no especifica si se piensa solamente en las posibilidades o ya en las bases legales para ello.

Algo parecido encontramos también respecto a la limitación de la propiedad. Títulos de propiedad y bienes como las “fidei comisas” eran comunes en la época de Kant, pero fueron criticadas en la Doctrina del Derecho porque formaban restricciones para el individuo en el momento de crear una propiedad y lograr con ello la independencia burguesa.¹² Kant adscribe al Estado un rol activo si se trata de la abolición de privilegios: “De allí se concluye: que no deben existir corporaciones en el Estado, ni en los estamentos y deben ordenar quienes como propietarios puedan heredar tierras para el uso único de las generaciones siguientes (sin límite) según ciertos estatutos”. El Estado las pueda anular en cualquier momento solamente a condición de indemnizar a los sobrevivientes.¹³ Pero Kant no llega a sacar explícitamente la consecuencia lógica de todo ello que consiste en el hecho que no solamente los privilegios legales pueden ser anulados, sino también los poderes reales que se manifiestan en la propiedad si eso está en el interés para la adquisición de la propiedad.

Pero aun más importante que estos puntos de partida para la apertura de la doctrina del derecho a un Estado social es la reflexión sobre la capacidad de evolución de los principios fundamentales de la doctrina del derecho, normas jurídicas generales, que coincide con la ley de la voluntad general.¹⁴ El Estado como representante de esa voluntad de todos deben cumplir a la hora

⁵ Kühl (nota. 3), Pág. 212 ss.

⁶ Esta parte del texto sigue en lo principal al aporte mío que he proporcionado a la obra editado por Höffe, *Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1999, Pág. 177 s.

⁷ Kant, AA VI 267.

⁸ Kant, AA VI 237.

⁹ Kant, ibidem, Pág. 256.

¹⁰ Kant, ibidem, p. 266.

¹¹ Kant, ibidem, p. 215.

¹² Cercano, Kühl, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung*, 1984, Pág. 286 s.

¹³ Kant, AA VI 324.

¹⁴ Kant, ibidem, Pág. 267.

Aktualisierung des kantischen Vernunftrechts, en: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 44 (1991), Pág. 212 ss.

⁴ Véase, El Prefacio de Hassemmer/Neumann.

de dar las leyes para la propiedad con una ley jurídica. Queda por preguntarse si en esa ley general se trata solamente de la aprobación para las libertades jurídicas o si se considera también las condiciones para la realización de la libertad.

Según Kant la igualdad como “un principio de los derechos humanos universales” ya está implícita en el principio de la libertad innata con todos sus facultades y sus consecuencias jurídicas; libertad e igualdad “no cuentan como parte de un concepto jurídico de un mayor rango”.¹⁵ Aunque libertad e igualdad no son principios autónomos colocados cada uno frente al otro o como ideas competitivas, no se puede entender la igualdad como igualdad de los estratos sociales, porque de esta manera se debería excluir la libertad para el manejo de las cosas de manera general; lo que siempre nos lleva a una desproporcionalidad de los estados de posesión. La igualdad debe referirse más bien a la libertad y debe precisar en sus contenidos que ella significa libertad para todos siempre y cuando el ejercicio de esa libertad no contradiga la ley general y el ejercicio de la libertad de los demás. A aquello pertenece no sólo negativamente la abolición de los privilegios que limitan la libertad, sino también positivamente la creación de las condiciones para implementar la libertad en el espacio social, sobre todo en lo económico, no obstante que cuestiones de las garantías empíricas no están en el centro de la realización de la libertad de Kant. Eso significa que la doctrina del derecho de Kant con su principio de la libertad vinculado con la idea de la igualdad no está fijada en una igualdad jurídica, sino en la exigencia de una igualdad de posibilidades. Para este fin la razón práctica no necesita disponer un concepto general de la felicidad porque la igualdad de posibilidades deja que cada uno realice sus ideas acerca de la felicidad.

La libertad limitada por la ley que fundamenta en un primer momento la obtención de la propiedad, regula al mismo tiempo el principio de la limitación para el proceso de la adquisición de una propiedad. Que la propiedad se fundamente en la libertad no quiere decir que ella queda expuesta a su suerte. Eso nos demuestra la ley general indicando que se necesita la aceptación de la libertad de los demás. Con ello se establecen

¹⁵ Kant, *ibidem*, Pág. 238.

las condiciones generales y recíprocas de toda libertad, también de aquella libertad en la cual se manifiesta la adquisición de bienes y la acumulación de capital.

III. La Fundamentación del Derecho Penal en Kant

La Doctrina del Derecho penal de Kant ha encontrado una crítica aun mayor en Alemania que su propia Doctrina del Derecho. Sobre todo su teoría represiva de la pena y su famoso “Ejemplo de la Isla” es la causante que 1968 el penalista y teórico del derecho, Ulrich Klug, insista en despedirse tanto de Kant como de Hegel: “Ya es hora de despedirse definitivamente de las teorías penales de Kant y Hegel con todos sus excesos irracionales y líricos, con sus dudosas teorías epistemológicas, lógicas y morales.”¹⁶

No obstante esta eficaz invitación, ella no impedía a los juristas como tampoco a los filósofos del derecho a dedicarse a la teoría penal de Kant. Debemos mencionar sobre todo, una vez más, a Otfried Höffe, quien en su volumen publicado rehabilitó la teoría penal de Kant, como ya hemos mencionado en el punto uno de este ensayo.¹⁷ El autor de esta contribución se ha unido a ello incluyendo además la discusión científica acerca del Derecho penal de Kant con una pequeña monografía escrita en año 2001 que lleva por título “El significado de la Filosofía del Derecho para el Derecho penal”.¹⁸ Allí se parte de la crítica ya formulada por Kant y Hegel sobre las teorías penales utilitaristas, según las cuales ellas “sea por causa de condicionamiento de sí mismo o sea a causa de motivación para otros”¹⁹ entremezclan al ser humano con “las demás cosas del derecho de los objetos;”²⁰ o lo tratan “como un perro” que “se amenaza con un palo”.²¹ La condena es en primer lugar una desaprobación o

¹⁶ Klug, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, Tomo 2: *Materielle und formelle Strafrechtsprobleme*, 1981, Pág. 149 y 154 (primero en: J. Baumann [Edit.], *Programm für ein neues Strafrecht*, 1968, Pág. 36 s.)

¹⁷ Höffe (nota 6), Pág. 213 s.

¹⁸ Kühl, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, 2001, Pág. 26 s.

¹⁹ Kant, AA VI 331

²⁰ Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, Pág. 45

²¹ Hegel, *Grundlinien der Rechtsphilosophie*, 2a ed. 1840, § 99 Añadido.

sanción que se da por un delito cometido, la medición de la pena se rige por el principio de igualdad. No se sabe si el infractor o la sociedad sacan un beneficio de la condena o de la sanción a largo o corto plazo.

Pero Kant no tiene solamente un significado permanente para la teoría penal, sino también lo tiene para la Filosofía de Derecho penal. El Derecho penal, como parte del Derecho, a lado del Derecho civil, así como también una parte del Derecho público (Derecho estatal y administrativo), se hace evidente por el hecho que el Estado sanciona con condenas máximas las infracciones cometidas frente al ciudadano. Pero al mismo tiempo también es Derecho porque nos indica en su área de competencia las normas para las sanciones. Según la Constitución de la República Federal de Alemania, la Ley Fundamental (*por sus siglas en alemán: GG*), se puede “sancionar un acto solamente si se estableció por ley ese hecho como delito antes de haberlo cometido”, (Artículo 103, Inciso 2 GG). Esta disposición constitucional, repetida con las mismas palabras en § 1 del Código Penal Alemán, contiene sobre todo, junto con la prohibición de la retroactividad y la analogía, el principio de determinación, según la cual todo comportamiento penalizado (más su sanción correspondiente) debe ser circunscrita lo más concreto posible en la ley que distinga claramente la penalización y su área de aplicación, cuya determinación permita deducirse a través de la interpretación.²²

El filósofo del derecho, y más aún el filósofo de Derecho penal, indaga más allá de lo que rige la ley de manera positiva, y cuál es el comportamiento que el Estado debe prohibir con una pena. Asimismo, busca encontrar tras el concepto formal del delito el concepto material, o más exactamente: el comportamiento sancionable.²³ En la discusión alemana predomina en este caso el llamado concepto del bien jurídico²⁴, según el cual solamente están bajo

²² Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 25a. ed. 2004, § 1 Margen 2.

²³ Véase, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5a. ed. 1996, Pág. 50 s.

²⁴ Acerca de la discusión alemana, véase, Hefendehl/v Hirsch/Wohlens (editores), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003.

pena la infracción o el hecho de poner en peligro los bienes jurídicos como la vida, la integridad física, mas no así meras infracciones morales²⁵ como por ejemplo el comportamiento homosexual entre adultos según mutuo acuerdo.

Referido a este tema, esto es: los razonables límites legales de un comportamiento punible, Kant ya desarrolló criterios importantes que el autor de este ensayo presenta en este lugar como ya lo hice en otras ocasiones.²⁶ En lo siguiente se trata a manera de conclusión acerca de la relación del Derecho (penal) positivo con el Derecho “como deber ser”, el Derecho racional de Kant. Se quiere investigar exactamente si las distinciones kantianas de legalidad y moralidad así como el deber jurídico y el deber de virtud sirven para un acercamiento crítico hacia el Derecho penal contemporáneo. El origen para esta investigación surge a partir de la observación que muchas veces el Derecho penal se basa en elementos de orientación interna como el valor de una convicción, o su no valor, la culpa por convicción y criterios especiales, y que además el Derecho penal se orienta aún hacia asuntos que pertenecen al reino de la moral. Dicho suscintamente, el Derecho penal podría estar lleno, y de manera inadmisiblemente, de preceptos morales y de convicción.

En la estructuración que realiza Kant en la *Metafísica de las Costumbres* define los conceptos “legalidad” y “moralidad” de la siguiente manera: “Se llama legalidad (conforme a la ley) a la simple coincidencia o no de un acto con la ley, sin considerar el motivo para ello; pero aquel acto en donde la idea de una obligación es originado por la ley, se llama moralidad (costumbre)”.²⁷ La diferencia entre legalidad y moralidad está presente en toda la obra *Metafísica de las Costumbres*, desde su “Introducción” hasta

²⁵ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 3a. ed. 1997, § 2 Marg. 12.

²⁶ El texto siguiente corresponde en su mayor parte, Kühl (nota 18), Pág. 36 s., más detallado, Kühl, *Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechts- und Tugendpflichten für das Strafrecht*, en: Jung y otros. (compilador), *Recht und Moral*, 1991, Pág. 139 s., y: *Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens*, en: Dann/Klippel (compiladores), *Naturrecht-Spättaufklärung-Revolution*, 1995, Pág. 182 s.

²⁷ Kant, AA VI 219.

la “Doctrina sobre la Virtud”. Esta circunstancia externa nos indica que tanto la legalidad como la moralidad son formas del cumplimiento de las leyes racionales prácticas. Como todas las leyes racionales prácticas así como las leyes morales se componen de dos partes: una se refiere al deber objetivo y la otra al impulso para el cumplimiento de éste, pues, los dos conceptos “legalidad y moralidad” no están solamente entendidas como un área particular de la *Metafísica de las Costumbres*, porque sería igual si dijéramos que la legalidad perteneciera únicamente al área del Derecho y la moralidad a la moral.

Legalidad significa el cumplimiento estricto de un deber moral general, sea un deber jurídico o de virtud, así debe existir la posibilidad de cumplir también las virtudes de manera legal. Este sería el caso cuando se cumplen las virtudes, como por ejemplo el amor al prójimo, solamente por temor de una desaprobación por parte de los vecinos. Este cumplimiento de un deber recibe carácter de moralidad si la ley que exige el amor al prójimo sería la motivación principal para actuar así. Pero, si se relaciona este actuar, que debe estar libre de determinaciones empíricas e inclinaciones, con el cumplimiento de una exigencia jurídica: no cumplo mi deber por obtener ventajas, sino por el deber de cumplir con las condiciones acordadas,²⁸ entonces cumplió con un deber jurídico por motivaciones morales.

De cierta manera hago más de lo que el derecho me exige, porque el derecho se conforma con el cumplimiento de lo prescrito por la ley. Aunque leyes basadas en la razón contienen igualmente como las leyes basadas en la práctica “al mismo tiempo razones internas determinantes”, pero “no siempre es posible de evaluarlas desde esta perspectiva”.²⁹ “Aquella legislación” que “acepta también otros fundamentos aparte del deber, esa también sería jurídica”.³⁰ “Hacer del cumplimiento de la ley una máxima es una exigencia que me pide la ética.”³¹

Con ello, hemos demostrado un primer límite de la ley frente a la moral: Leyes racionales solamente pueden exigir un comportamiento legal

del destinatario; y la ley a su vez no debe interesarse por el ánimo interno de un sujeto jurídico. La fundamentación de Kant impide la intromisión de cualquier índole del Estado en el ánimo interno personal del ciudadano: Convicciones como fenómenos internos no son accesibles a pruebas jurídicas y no pueden ser obligatorias por parte del derecho estatal.³² Teniendo experiencias contrarias en donde se asume la intromisión del Estado en el ánimo interno, como por ejemplo por parte de leyes penales, se puede apoyar para ello en la Filosofía del Derecho de Kant con el argumento que en la evaluación y sanción de convicciones en contra de la ley general se pone un fenómeno interno como objeto de un reglamento legal, sin que eso fuera necesario para la protección de la libertad de esfera externa de otras personas. Mi libertad física no es tocado por el hecho que otras personas tengan otras convicciones, y normalmente tampoco por la circunstancia que pronuncien su convicción abiertamente.

También las influencias indirectas generadas por el ánimo interno son delimitadas por esta restricción. Éstas son notorias cuando se aplica sanciones solamente presumiendo que el ánimo interno puede llevar a una persona a ciertos actos o se cree que ella está al punto de realizarlo por tal motivo; a fin de cuentas es la ánimo presumido el que se sanciona. Los límites de una sanción preventiva tanto en la Parte general, (como por ejemplo la punibilidad de los actos preparatorios, según § 30 Inc. 2 del Código Penal Alemán) como en la Parte especial (por ejemplo la sanción de la conformación de una organización criminal, según § 129 del Código Penal Alemán), no debe entenderse ceñidamente de acuerdo a la peligrosidad de estos actos preparatorios respecto a las futuras víctimas porque la libertad externa de las personas no sólo debe ser protegida de lesiones, sino también ante amenazas. “Solamente se sabe” -así lo afirma Michael Köhler – “que la simple cogitatio, la preparación técnica o intelectual, todavía no es delito porque como tal no influye lo suficiente sobre la libertad externa de los individuos.”³³

También nos parece problemática la delimitación de un delito en el caso de expresión de ideas,

²⁸ Kant, AA VI 220.

²⁹ Kant, AA VI 214.

³⁰ Kant, AA VI 219.

³¹ Kant, AA VI 231.

³² Kant, AA VI 219, 239.

³³ Köhler (nota 19), Pág. 547.

como por ejemplo en el caso de agitación a la rebelión, según § 130 Código Penal Alemán, inciso 3. Este hecho ya se da inclusive cuando se niegan los hechos cometidos bajo el régimen del Nacionalsocialismo, refiriéndose la “mentira de Auschwitz”. La concretización, que eso se da recién cuando un acto es apto para perturbar la paz pública, no cambia en nada que aquí la simple negación de un hecho histórico o su carácter exaltativo sea entendido como agitación a la rebelión; pero se debe añadir que frente al crecimiento de movimientos neonazis y sus actos violentos no se puede excluir que solamente por la proclamación pública de la “mentira de Auschwitz” puedan provocar otros actos violentos. No se afirma que eso justifica una sanción del provocador.³⁴ Problemas parecidos de legitimación son comprendidos en el § 140 del Código Penal Alemán, que abarca ya la aceptación de delitos con el fin de crear un clima psíquico para defenderse frente a la disponibilidad de cometer un delito.³⁵

Un problema aún más general nos presenta Karl Engisch: él afirma que la diferenciación que hace Kant entre legalidad y moralidad es correcta, viéndola desde el punto de vista legal, pues los motivos son solamente interesantes para la moral mas no para el derecho; pero actos en contra de la ley no pueden ser considerados allí, por lo menos no en un sistema de sanciones que trabaja según el principio de culpabilidad, para el cual no cuentan los impulsos y las motivaciones.³⁶

No podemos aclarar por completo este asunto en este lugar, pero podemos decir mucho al respecto, como que no todas las formas de la participación interna de una persona que actúa objetivamente en contra de la ley son sometidas por igual al derecho. La voluntad para delinquir, el dolo y la negligencia, la intención y el motivo son más aptos de ser captadas por la ley como la convicción o algunas formas de convicción. La evaluación del ánimo interno de un delincuente – a parte de la problemática de detectarlo – es muy

compleja, más aun cuando el ánimo “detectado” es usado para sancionar y ello en mayor grado como le correspondería solamente para el delito externo, sin consideración de su ánimo interno.

No se puede rechazar por completo la consideración del ánimo interno en el campo jurídico con el argumento que no son válidas, no se trata de su valoración moral sino de las que resultan rechazables. No obstante que la falta de correctas convicciones morales todavía no implicaría la existencia de un ánimo altamente rechazable, pero se debería en todo caso demostrar que su consideración sería necesaria para la protección de la libertad dentro del orden jurídico.

Excepcionalmente problemático nos parece dentro del Derecho penal todavía, aunque con tendencia a desaparecer, el reforzamiento de la pena en los casos de actitudes internas calificadas como “malévolo”, “brutal”, “desconsiderado”. Esa práctica se vuelve, según Hans Welzel, “el punto de mayor riesgo para la paulatina aparición de un Derecho penal de ánimo (*Gesinnungsstrafrechts*)”.³⁷ La dogmática penal se dedica a estos criterios, sobre todo con su ordenamiento sistemático en la construcción de la teoría del delito: ¿se los puede considerar como características subjetivas del injusto, de la culpabilidad o mixtos?³⁸ De todos modos en el momento de la determinación de la ley se los califica como “altamente difícil”, así lo afirma Günter Stratenwerth³⁹, o como “aceptable dentro de un Estado de Derecho” como lo hace Claus Roxin.⁴⁰

Aparentemente ya no se plantea la pregunta acerca de la legitimación de esos criterios. Una respuesta para ello puede tomar su punto de partida en la filosofía liberal del derecho de Kant, y desde allí puede asumir la idea que en el Derecho penal, como en cualquier otra área del derecho, la libertad externa de las personas debe coincidir con lo que rige la ley general. Si un

³⁷ Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11a. ed. 1969, Pág. 80.

³⁸ Compárese, Lackner/Kühl (nota 22), § 28 Marg. 4.

³⁹ Stratenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Ed. 2000, § 8 Marg. 151 y § 12 Marg. 196.

⁴⁰ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, 3. Ed. 1997, § 10 Marg. 78.

comportamiento no afecta el radio de acción del derecho de otras personas, no se le puede considerar como injusto sin tomar en cuenta la clase de ánimo que ayuda en ejercer un acto. Pero en el caso que un comportamiento si afecta la esfera de libertad externa de una persona la actitud reprochable no puede servir para aumentar la pena, salvo que la restricción de la libertad para la otra persona, lo que es difícil de imaginar, aumente la peligrosidad del delito.

Hasta aquí la diferencia entre legalidad y moralidad; ahora nos dedicaremos a la diferencia entre deberes jurídicos y deberes de virtud (*Tugendpflichten*). Tanto los deberes jurídicos como los deberes de virtud pertenecen a los dos diferentes ámbitos de las obligaciones que Kant establece dentro de las obligaciones morales. Por ello leemos en la “Introducción general de la Metafísica de las Costumbres”: “Todas los deberes son deberes jurídicos..., esos son aquellos para las cuales rige una ley externa, o son deberes de virtud para las cuales eso no es aplicable...”,⁴¹ A esa afirmación corresponde la imposibilidad ya tratada más arriba, de que mediante una legislación externa se busque imponer una ética que pertenece en todo caso al reino de la moral.

Nos ocuparemos ahora de los dos conceptos “Deber jurídico y Deber de virtud” en relación a su diferencia en el contenido. Para subrayar esa diferencia es recomendable circunscribir exactamente qué se va a entender bajo los deberes de virtud y qué bajo los deberes jurídicos. Por ello ya no nos preocuparemos de las “deberes éticos generales de virtud” del imperativo categórico que comprende también los deberes jurídicos, la que dice: “actúa conforme al obligación por deber”. Lo que queda entonces es lo que establece el principio de las virtudes como “los deberes de virtud éticos especiales: los deberes por amor y estimación”.

Desde el área de los deberes jurídicos, como se deriva de la “División General de las Obligaciones Jurídicas”, se excluye el primer y el tercer deber jurídico: “1. Sea un ser humano honorable (honeste vive).”; “3. Foma parte de una sociedad con otros, en la cual esté garantizado a cada uno lo suyo (suum cuique tribuere)”, para

⁴¹ Kant, AA VI 239.

finalmente lograr de subrayar el único deber jurídico externo de Kant que es el segundo deber jurídico: “2. No dañe al prójimo (neminem laede), ...”⁴²

La razón por la cual el mandamiento de amor pertenece a la moral mientras que la infracción de ese mandamiento pertenece a la ley, se debe relacionar a la circunstancia ya mencionada que el cumplimiento de los deberes jurídicos son algo que obedece a impulsos externos, y puede ser impuesto en caso extremo por coacción del Estado; el cumplimiento de deberes de virtud por su parte solamente se pueden coaccionar mediante una auto obligación. Correspondientemente leemos en la “División de la Metafísica de las Costumbres” que “los deberes de benevolencia, aunque sean deberes externos (obligaciones para un acto externo), pertenecen de todos modos a la ética”, “porque su legislación solamente puede ser interna.”⁴³

Otra diferencia entre deberes jurídicos y de virtud es aquella que divide entre deberes jurídicos completos y deberes de virtud incompletos. Según el título del parágrafo VII en la “Introducción a la doctrina de la virtud” esa división significa ahora que: “Los deberes éticos tienen un alcance amplio, mientras que los deberes jurídicos contienen obligaciones mucho más concretas”⁴⁴. Se refiere con ello a que los deberes de amor, por ejemplo, dejan un margen más amplio con qué actos van a ser realizados, mientras que los deberes jurídicos exigen actos o abstenciones concretas. Esa diferencia tiene su origen supuestamente en aquella circunstancia que la compatibilidad con los actos externos y su intención de cumplimiento solamente tiene éxito si en la ley de derecho general ellos son expresados y descritos de una manera clara y concreta. Que eso es gradualmente más fácil de lograr para los actos prohibidos, no obstante de su dificultad de una descripción exacta y concreta, que para actos debidos; explica esta circunstancia el sobrepeso de las prohibiciones en el ordenamiento jurídico y el escepticismo frente a las obligaciones. Debemos añadir que solamente en el caso de los deberes jurídicos en un sentido

⁴² Kant, AA VI 236 s.

⁴³ Kant, AA VI 220.

⁴⁴ Kant, AA VI 390.

estricto existe la posibilidad de ejercer una coacción de manera inequívoca.

Finalmente debemos recordar, respecto a la diferenciación entre deberes jurídicos y de virtud, que ya en la “Introducción a la doctrina del Derecho” el derecho a un ordenamiento de las relaciones de una libertad externa fue determinada de tal manera que los actos externos del individuo solamente pueden ser restringidos legalmente para guardar el interés de las posibilidades de actuar de los demás. El derecho se refiere más en concreto a “la relación práctica de una persona frente a los demás, si sus actos pueden tener de hecho (como facta)... influencia recíproca.”⁴⁵ Mediante esa afirmación del campo jurídico se excluye las obligaciones ante uno mismo como deberes jurídicos.

Las obligaciones ante uno mismo las divide Kant de acuerdo al criterio de si se refieren al ser humano como ser biológico o como ser moral. Al segundo grupo pertenece, entre otros, la prohibición de mentir. Aunque la mentira vulnera el derecho de la humanidad,⁴⁶ ella tiene recién relevancia jurídica como estafa si genera un daño para los bienes; ello llama cuidadosamente Kant “no infundada”.⁴⁷ Que se observa en recientes trabajos alemanes que se refieren a la estafa según el Derecho alemán actual vigente, en donde se califica la falta a la verdad como una infracción, incluyendo este hecho al derecho; eso no nos hace temer que el Derecho penal paulatinamente penetre al área de la doctrina de la virtud, porque el bien que preferiblemente tiene que ser protegido ante una estafa ya no es solamente el patrimonio, sino otro bien de derecho individual igualmente digno de ser protegido: la libertad de disposición que puede ser vulnerada por una estafa.

Al primer grupo pertenece según Kant la prohibición moral de un suicidio, con lo que se expresa al mismo tiempo que esa prohibición no es jurídica, dicho de otra manera, que el mantenimiento de la vida propia no es un deber

⁴⁵ Kant, AA VI 230.

⁴⁶ Kant, AA VI 430.

⁴⁷ Kant, AA VI 238, véase nota de pie de página.

jurídico.⁴⁸ El Derecho penal alemán coincide en tal sentido con la diferenciación kantiana entre deberes jurídicos y deberes de virtud porque la tentativa de suicidio no está prohibido y tampoco es un delito. Además, parece que la jurisprudencia de la Corte Suprema en asuntos penales, que parten de inmoralidad del suicidio, coinciden con la posición kantiana; pero esa coincidencia termina si de ese juicio moral se derivan consecuencias jurídicas para una penalidad, que también en situaciones en las cuales, según el reglamento de eutanasia pasiva, quedarían sin penalización en el caso de un suicidio, pero aquí son interpretados como negligencia de haber omitido “una acción de socorro” posible.

También se debe observar críticamente la perspectiva kantiana respecto a la punibilidad del homicidio a petición según § 216 Código Penal Alemán, allí se omite el derecho a una autodeterminación de aquella persona que desea morir, sin que se deje de garantizar la protección o infracción de los derechos de los demás.

En el caso de los deberes de virtud ante los demás, Kant distingue entre deberes de amor y de respeto. Se pueden dar consecuencias respecto al Código Penal si vemos los deberes de respeto en su área de vulneración al honor: ¿se puede considerar hablar mal sobre alguien como delito o recién la calumnia es relevante para una penalidad? Además pueden darse consecuencias para el Derecho penal respecto al deber de amor en el área de delitos por omisión: ¿se sanciona penalmente con razón la omisión de auxilio o se vulnera con ello solamente un deber de virtud?⁴⁹ Aunque este aporte termina con muchas preguntas no resueltas, espero que por lo menos hayamos logrado despertar algún interés en la filosofía del derecho de Kant. Aparentemente esta filosofía del derecho es ya obsoleta en muchos detalles, pero no lo es en sus principios. Por esta razón sirve también para la comprobación jurídica filosófica del derecho vigente, y no sólo del Derecho alemán.

⁴⁸ Véase, Kant, AA VI 422; asimismo Höffe, *neue hefte für philosophie* 17 (1979), Pág. 31; además Köhler (nota 19), Pág. 255.

⁴⁹ Detalladamente en Kühl (nota 18), Pág. 49 s.