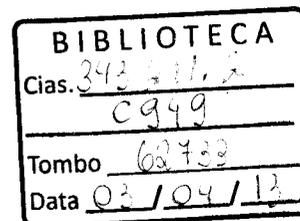


LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL NUEVO DERECHO PENAL: ¿DECADENCIA O EVOLUCIÓN?

Edición e introducciones de
Juan Pablo Montiel



Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2012

«Todo por delante
Todo está hablándome
Está cambiando el aire
Nunca me sentí tan bien»

Gustavo Cerati, *Fuerza Natural*, 2009

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Los autores

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9768-984-7

Depósito legal: M. 21.336-2012

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.
Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2012

63635

V. KANT, FEUERBACH Y LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL *

Joachim HRUSCHKA

Las contribuciones que la filosofía de la Ilustración ha aportado al Derecho penal apenas han sido valoradas hasta el momento. Kant es el primero que plantea el Estado de Derecho y, como consecuencia de ello, también plantea los fundamentos del Derecho penal propios del Estado de Derecho. Esto sucede particularmente en la *Rechtslehre* de 1797/98¹. Paul Johann Anselm Feuerbach recogerá algunas de estas ideas en el *Anti-Hobbes* de 1798² y en la *Revisión de los principios y conceptos fundamentales del Derecho penal positivo (Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts)* de 1799, donde expone los fundamentos teóricos³. Más tarde, se ocupará de la difusión de estas ideas en *El tratado del Derecho penal común vigente en Alemania (Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts)*. El *Tratado* tiene 14 ediciones, 11 realizadas por el propio Feuerbach (1.^a ed., 1801; 11.^a ed., 1834) y otras tres editadas, y en parte comentadas detalladamente, por C. J. A. Mittermaier (12.^a ed., 1836; 14.^a ed., 1847), lo que viene a demostrar el éxito alcanzado en la difusión de los principios y fundamentos en la doctrina penal. El reconocimiento de las aportaciones que Kant tiene para el Derecho penal en la actualidad requiere una interpretación de la parte de la *Rechtslehre* que está referida al Derecho penal y que posee una racionalidad que habitualmente no presenta

* Título original: «Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts». Traducción a cargo de Juan Luis Fuentes Osorio.

Por expresa solicitud del autor, el estilo de las notas al pie se mantuvo en su versión original, sin ser adaptadas al libro de estilo de la presente obra.

¹ Immanuel KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (abreviatura: *Rechtslehre*), 1.^a ed., 1797; 2.^a ed., 1798. Las dos ediciones se diferencian entre sí por una «adición de aclaraciones» que Kant introdujo en la 2.^a ed. Citas según la edición académica de las obras de Kant con la indicación del volumen, página y línea.

² En concreto: *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*.

³ Las citas se remiten a la parte primera (*Ersten Theil*) de la obra dividida en dos tomos.

la literatura (alemana) de hoy en día (con la excepción de las explicaciones de Althenhain a la teoría penal de Kant y Feuerbach)⁴.

El presente artículo se ocupa del principio «no hay pena sin ley» que encontramos en Kant (apartados 1 y 3) y en Feuerbach (apartado 2). Kant formula por primera vez el principio de legalidad que Feuerbach, dos años más tarde, retoma (apartados 4 y 5). El apartado 6 trata el principio de que el hecho debe ser probado antes de poder ser sancionado. En el 7 se analiza la función del Derecho penal en el Estado de Derecho en Kant y Feuerbach. Finalmente (apartado 8) aparece el compendio de los principios propios del Derecho penal en el Estado de Derecho en Feuerbach, que se deben remitir a los principios de Kant.

1. «NO HAY PENA SIN LEY» EN LA RECHTSLEHRE DE KANT

En la *Rechtslehre* Kant parte de la «pena judicial» (*richterliche Strafe*), que todavía expresa con el término latino *poena forensis*. La «pena judicial» es la pena impuesta por un juez en un fórum (tribunal). Hay que distinguir la pena judicial de la amenaza de pena por el legislador⁵, por un lado, y de la ejecución de la pena (impuesta por el juez) por el poder ejecutivo⁶, por otro. La diferencia, que se apoya en la teoría de la división de poderes, es, una vez que se aprecia, de lo más evidente⁷. Y es que cuando Kant habla de la «pena judicial» se refiere a la imposición de la pena por el juez y no se refiere, en cambio, ni a la amenaza penal, ni a la ejecución de la pena.

Si queremos comprender correctamente la situación recién descrita, relativa a la pena judicial, debemos retroceder a un pasado en el que el principio *nulla poena sine lege* todavía no estaba vigente, exactamente hasta finales del siglo XVIII. Fue Feuerbach quien, en la primera edición de su *Tratado*, formuló por primera vez este principio en latín, que se repite⁸ en cada nueva edición de su *Tratado*, contribuyendo así decisivamente al asentamiento de este principio en la teoría y en la praxis. Una formulación en alemán del

principio *nulla poena sine lege* se encuentra en la *Revisión* de 1799. Todo ello será expuesto más adelante (apartado 2).

¿Qué apariencia tiene una praxis penal que no conoce el principio «no hay pena sin ley» o que, en todo caso, no lo reconoce? Schaffstein la ha descrito. La teoría de los «delitos de excepción» (*außerordentlichen Delikten*) y otras doctrinas parecidas permitían a los jueces del siglo XVIII no someterse a los tipos legales ni a los marcos penales legales. Los *delicta extraordinaria* y el *stellionatus* eran la «denominación para aquellos delitos que no eran punibles según la ley, sino según la discreción judicial». Así mismo, existía «la posibilidad ilimitada del juez de agravar discrecionalmente *extra ordine* la pena ordinaria cuando existan circunstancias especialmente graves, posibilidad que se hallaba acompañada, por otro lado, por un derecho de atenuación prácticamente ilimitado del juez»⁹. En lugar de utilizar tipos y marcos penales legales los jueces del siglo XVIII se sirvieron de un análisis de costes-beneficios¹⁰. En esta situación escribe Kant:

La *pena judicial* (*poena forensis*)... nunca puede aplicarse como un simple medio para procurar otro bien, ni en beneficio del criminal o de la sociedad; sino que siempre se debe imponer a aquel *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser solamente tomado como un instrumento para los fines de otro, ni ser incluido entre los objetos del Derecho real... Debe haber sido juzgado *merecedor de castigo* antes de que se haya pensado en obtener de la pena alguna utilidad para él o sus conciudadanos¹¹.

Resulta evidente que Kant se dirige contra la práctica que ha explicado Schaffstein. Criterios utilitaristas no pueden tener prioridad o su papel, en todo caso, es subordinado. Y, sobre todo, las reflexiones de medio-fin no pueden proporcionar la base de una sanción, por ejemplo a causa de la presunta peligrosidad de una persona. En lugar de eso Kant exige que una persona sólo sea condenada por un tribunal cuando haya cometido un delito (Kant: «delinquido») y de este modo se haya hecho «merecedora de castigo». Debo destacar que Kant se sirve de un lenguaje que hoy todavía se

⁴ Karsten ALTENHAIN, «Die Begründung der Strafe durch Kant und Feuerbach», en: *Strafrechtsprofessoren der Tübinger Juristenfakultät* u.a. (ed.), Gedächtnisschrift für Rolf Keller, 2003, pp. 1 a 13. En lengua inglesa, véase por ejemplo, B. Sharon BYRD, «Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution», en *Law and Philosophy*, vol. 8 (1989), pp. 151 a 200; Arthur RIPSTEIN, *Force and Freedom-Kant's Legal and Political Philosophy*, 2009, pp. 300-324.

⁵ 6:331, 22; 334, 17-18.

⁶ Kant se refiere al ejecutivo cuando, al comienzo de sus explicaciones sobre el Derecho penal, habla de la «autoridad» (*Befehlsbaber*) que tiene el derecho de «cargar con una pena» (6:331,4-5) al súbdito (Kant: «vasallo»). El ejecutivo sólo tiene este derecho cuando el juez haya «impuesto» previamente una pena.

⁷ Sobre la división de poderes en la *Rechtslehre* de Kant véase B. Sharon BYRD y Joachim HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right-A Commentary*, 2010, pp. 146-167.

⁸ Véase al respecto *infra* n. 90.

⁹ Friedrich SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts*, 1930, pp. 39-43 (cursiva original).

¹⁰ No analizo aquí si y cómo cambió la situación después de que en Prusia entrara en vigor (tres años antes de la *Rechtslehre* de Kant) la *Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten* (ALR-«Ordenanza territorial general para los Estados prusianos»). Con todo, la situación descrita por Schaffstein era conocida por Kant.

¹¹ 6:331, 20-31 (cursiva original). El primer «debe» (*muß*) tiene el significado de «puede hacer lícitamente» (*darf*) (la pena sólo *puede* imponerse *lícitamente*). Kant utiliza a menudo la palabra «deber» (*müssen*) con el significado de «poder hacer lícitamente» (*dürfen*), cuyo significado también es el significado original de la palabra; véase Jacob und Wilhelm GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, vol. 6, 1885 (impresión 1984), art. «*müssen*», pp. 2747-2760 (especialmente pp. 2750-2751), revisor: Moriz HEYNE. La palabra siguió utilizándose con este significado en el siglo XX. Yo mismo conocí a una dama (nacida poco después de 1900) que utilizó la frase «no debes hacerlo» con el significado «no puedes (lícitamente) hacerlo».

utiliza. De hecho, en la actualidad se acepta que uno de los requisitos para la condena es la constatación de que el autor *ha cometido un delito* (en el sentido amplio de la palabra) y por ello es *merecedor de sanción*¹².

Más adelante se encuentra en el texto citado aquello a lo que hace referencia Kant con «un delito». Un delito es una «infracción de la ley pública»¹³. Kant requiere así el concepto de ley penal tal y como lo hace Achenwall¹⁴. Una ley penal, según Achenwall, es una «ley que impone, en el caso de que haya una infracción, una pena expresa, es decir, una ley reforzada con una sanción penal»¹⁵. Por tanto, cuando Kant afirma, en el texto que estamos interpretando, que una persona sólo puede ser sancionada cuando y porque «ha delinquido», ello implica que una pena (judicial) únicamente está autorizada cuando el autor ha infringido una ley pública que amenaza con la imposición de pena. Porque sólo entonces la persona habrá cometido un delito y, por consiguiente, «delinquido»¹⁶.

¹² Kant es el primero que utiliza este lenguaje que hoy intentamos transmitir en todo el país a los estudiantes de Derecho en el primer semestre. Desde esta perspectiva resultan aun más patéticas, si cabe, las difamaciones contra el «porque ha delinquido» de Kant y la teoría absoluta de la pena de Kant, que presuntamente se asocia a esta frase. Destaca especialmente en este sentido Ulrich KLUG, «Abschied von Kant und Hegel», que ha descrito el texto de Kant cambiándolo (en parte) lo suficiente como para alcanzar la conclusión deseada (por Klug). Así, cuando Kant habla de la «pena judicial», Klug olvida la referencia al juez, lo que permite interpretar el «porque ha delinquido» en el sentido de la retribución. Cuando Kant dice que el delincuente «debe haber sido juzgado merecedor de castigo antes de que se haya pensado en obtener de la pena alguna utilidad para él o sus conciudadanos», Klug dice: «en la sanción no se puede pensar si es posible obtener alguna utilidad para el condenado o sus conciudadanos». La exigencia (¡del Estado de Derecho!) de Kant de que el juez tiene que constatar *en primer lugar* el merecimiento de pena del acusado *antes* de que pueda reflexionar sobre los fines de la pena, queda con ello totalmente oculta. Kant autoriza las reflexiones medio-fin, si bien no como el fundamento primario para la condena de una persona. En cambio Klug indica: «porque el hombre nunca puede ser tomado como un instrumento para los fines de otro». Esta afirmación (de Klug sobre Kant) es incorrecta porque el texto dice algo diferente «nunca puede ser *solamente* tomado como un instrumento» y la segunda formulación del imperativo categórico tampoco permite en modo alguno el uso de otra persona (por ejemplo de un taxista) como un medio, aunque *no solamente* como medio, para mis fines (4:429, 10-12). Las citas de Klug según Jürgen BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch-Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, 1968, pp. 36-41, especialmente p. 37. Sobre las teorías «absolutas» véase también *infra* n. 16.

¹³ 6:331, 7-10.

¹⁴ Sobre la importancia de Achenwall para la teoría del derecho de Kant, véase BYRD y HRUSCHKA, *Commentary* (ob. cit., n. 7), pp. 15-19.

¹⁵ Gottfried ACHENWALL, *Iuris Naturalis pars posterior*, 5.ª ed., 1763, § 191 (= 19:411, 29-31): *Lex poenalis, «hoc est, cui in casum inoboedientiae poena expressa, seu quae sanctione poenali munita est»*. A este concepto se refiere Kant cuando habla de una «ley penal» que «impone la muerte» al autor (6:235, 26-27), es decir, que amenaza con la pena de muerte.

¹⁶ La sobria expresión «porque ha delinquido» junto con otros pasajes que, como éste, son sacados del correspondiente contexto, es utilizada por Klug (ob. cit., n. 12) y por otros autores para atribuir a Kant una teoría «absoluta» de la pena. Véase Wolfgang NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, p. 32, véase también p. 36. De la literatura actual véase Volker HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, pp. 182-191, que ubica «la teoría de la pena de Kant entre el concepto de pena absoluto y relativo», y Georg MOHR, «Nur weil er verbrochen hat»-Menschenwürde und Vergeltung in Kants Strafrechtsphilosophie», en Heiner

Kant es el primero que idea el Estado de Derecho. La palabra «Estado de Derecho» (*Rechtsstaat*), que en el momento de la redacción de la *Rechtslehre* no existía, lógicamente no fue utilizada por Kant. En su lugar habló de «situación de Derecho» (*rechtlichen Zustand*)¹⁷. El concepto de una situación de Derecho implicaba la publicidad del Derecho objetivo vigente en esa situación de Derecho. El Derecho es público, como hoy se sabe, porque ha sido promulgado y, de ese modo, es accesible a cualquier persona. En palabras de Kant: «el prototipo de ley que requiere una publicación general para producir una situación de Derecho es la ley pública»¹⁸. Una «ley pública» es, por tanto, una ley que ha sido dada por el legislador en una situación de Derecho. Si la ley fuera penal entonces la infracción de la ley sería un delito en el sentido de la definición de Kant que hemos dado¹⁹. De ello se deriva el principio *nulla poena sine lege*. Sólo cuando se vulnera una ley penal puede sancionarse penalmente un hecho, lo que ya se exponía en las clases de Kant sobre las *Lecciones de Derecho natural (Naturrechtslehre)* de Achenwall de 1784: «toda pena es coerción, pero no toda coerción es una pena. Pena es coerción que está bajo la autoridad de una ley»²⁰.

2. «NO HAY PENA SIN LEY» EN FEUERBACH

Feuerbach recoge en el *Anti-Hobbes* la idea de Kant de que una persona sólo puede ser penada cuando y porque «ha delinquido» (en el lenguaje actual: «porque ha cometido un delito») ²¹. Por supuesto que Feuerbach sabe que el «ha delinquido» se refiere a la famosa cita de Séneca, *nemo prudens*

F. KLEMMME (ed.), *Kant und die Zukunft der europäischen Aufklärung*, 2009, pp. 469-499, que interpreta «porque ha delinquido» como una «teoría retributiva de la pena» sin analizar la corrección de esa conjetura, presuponiéndola simplemente.

¹⁷ Más detalladamente en BYRD y HRUSCHKA, *Commentary* (ob. cit., n. 7), pp. 25-28. Véase también *infra* 7.

¹⁸ 6:311, 6-8.

¹⁹ 6:331, 7-10.

²⁰ 27.2.2:1333, 19-21.

²¹ La primera edición de la *Rechtslehre* apareció en el mercado, como muy tarde, a principios de febrero de 1797, porque la *Recensión* de Bouterwek se publica en el *Göttingischen Anzeigen* del 18 de febrero de 1797 (20:445, 7-8). Véase también Karl VORLÄNDER, «Einleitung», *Immanuel Kant Metaphysik der Sitten*, Hamburg, 1959, p. XIV. La introducción de Feuerbach a *Anti-Hobbes*, siglo XIX, tiene la fecha de 12 de agosto de 1797. Por consiguiente, entre la aparición de la *Rechtslehre* y la finalización del trabajo de Feuerbach en el *Anti-Hobbes* hay al menos seis meses. En verdad Kant no fue citado en el *Anti-Hobbes* en relación con el pasaje de Séneca, sino que era mencionado en el siglo XVIII de forma genérica; sin embargo, debemos partir del hecho de que Feuerbach tuvo en cuenta en la redacción del *Anti-Hobbes* el correspondiente «comentario general E» (*Allgemeine Anmerkung E*) de la *Rechtslehre* (6:331-337), que también recoge el pasaje reproducido antes (apartado I). Feuerbach no pudo recurrir en la conclusión del *Anti-Hobbes* en agosto de 1797 a la 2.ª ed. de la *Rechtslehre* de 1798 con la «Adición de aclaraciones», donde Kant utiliza por primera vez (en la teoría del Derecho) las expresiones latinas «*quia peccatum est*» y «*ne peccetur*» (véase apartado 3).

punit quia peccatum est, sed ne peccetur (nadie que sea prudente castiga porque se haya cometido un delito sino para que no se delinca²²)²³ y además se vincula a esta cita. En un excursus al Derecho penal²⁴ distingue entre la amenaza y la imposición de la pena²⁵, y distingue entre el fin y el fundamento de la amenaza y el fin y el fundamento de la imposición. Aquí interesa de momento solamente la diferencia entre fin y fundamento de la imposición de la pena. El fin de la imposición de la pena no reside en otra cosa «que, por medio de ello, hacer eficaz la misma amenaza... La pena debe... ser ejecutada, si no se podría vaciar la amenaza y destruir de forma inmediata el fin perseguido». Además se indica en una nota: «la sentencia de Séneca, *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*, tan a menudo utilizada por los filósofos criminalistas, es en diferentes sentidos verdadera y falsa. Aquella en cuanto se refiere al fin de la ejecución de la pena; ésta en cuanto se refiere a su justificación»²⁶. Es decir, el fin de la ejecución de la pena es el *ne peccetur*, sin embargo, su justificación es la *quia peccatum est*. La justificación de la imposición de la pena reside entonces en que el autor ha cometido un delito. En la *Revisión* se repite de nuevo: en relación con la ejecución de la pena la sentencia de Séneca es «absolutamente falsa». «Ello no se encuentra en torno al *ne peccetur*, sino únicamente respecto al *quia peccatum est*»²⁷.

Ahora bien, en el *Anti-Hobbes* Feuerbach todavía no presenta su principio *nulla poena, etc.* Ello sucede por primera vez en la *Revisión*. En este texto Feuerbach parte de que las leyes penales sirven para disuadir mediante la amenaza de la pena a delincuentes potenciales de la comisión de hechos delictivos²⁸. Esta función disuasoria de la ley penal condiciona la «naturaleza de la pena civil». De ello resulta, como «corolario», el principio *nulla poena sine lege*. Señala Feuerbach en la *Revisión*: «la pena civil sólo se puede imponer por y conforme a una ley penal. En la ley penal y en su infracción por el hecho reside la única razón para la imposición del mal penal de naturaleza civil. Donde no hay ninguna ley en absoluto, no puede haber ninguna pena civil: donde la ley existente no es aplicable no puede ser aplicable pena alguna»²⁹. La fórmula latina se encuentra, como ya se ha dicho, en la primera edición del *Tratado* de 1801.

De este modo sigue Feuerbach la línea marcada por Kant. Si el fundamento de la pena únicamente puede consistir en que el autor ha cometido un delito, ello implica que el hombre *sólo* puede ser sancionado cuando ha cometido un delito. Pero por otra parte significa, si lo aceptamos, que las definiciones del delito se derivan de la ley penal y que una persona sólo puede ser sancionada cuando ha realizado el tipo de una ley penal. Ahora bien, de este modo hemos ido a parar al principio *nulla poena, etcétera*.

Por supuesto que Feuerbach conoce, tan bien como Kant, los correspondientes pasajes del *Leviathan* de Hobbes, en los que se expresa, ya en el siglo XVIII, la idea de la *nulla poena sine lege*³⁰. Así mismo, los tres (Hobbes, Kant, Feuerbach) conocen la mención de la *Carta a los romanos* de San Pablo: «donde no hay ley, tampoco hay transgresión»³¹, de la que se puede deducir el principio *nulla poena sine lege*. No hay duda de que estos conocimientos resultaron de ayuda para el desarrollo de la idea *nulla poena sine lege*. Ésta requiere una clara distinción entre la amenaza legal, por un lado, su imposición y ejecución por un juez y los órganos de ejecución penitenciaria, por otro lado y, así, reclama la distinción y separación de las diferentes funciones del poder del Estado, lo que Hobbes y Pablo todavía no conocían. Tal y como Feuerbach aclara, el poder penal del Estado «se reparte necesariamente entre el poder que legisla, juzga y ejecuta»³². El principio *nulla poena sine lege* recibe por primera vez forma jurídica en el Estado de Derecho.

3. COMENTARIO POSTERIOR DE KANT A «... PORQUE HA DELINQUIDO»

Volvamos al «porque ha delinquido»³³ que Kant utiliza en el contexto del pasaje que más arriba (1) hemos reproducido e interpretado y que es una traducción del *quia peccatum est*. En la segunda edición de la *Rechtslehre* Kant consideró adecuado explicar de nuevo el carácter de este «porque ha delinquido». En la «Adición de aclaraciones» acepta expresamente, como

³⁰ Thomas HOBBS, *Leviathan*, 1668, caps. XXVII y XXVIII; William MOLESWORTH (ed.), *Hobbes, Opera Philosophica* III 1841 (ND 1966), pp. 211, 212, 225: «*Ubi lex non est, peccatum non est. [...] Cessantibus legibus civilibus cessant crimina*» (Donde no hay ley, no hay pecado. Donde acaban las leyes civiles acaba igualmente el delito); «*Quod ante legem latam factum est, crimen per legem illam fieri nequit. [...] Lex. post factum lata, quia cognosci non potuit, obligatoria non est*» (Lo que sucede antes de la promulgación de la ley no puede ser considerado como un delito conforme a esta ley [...] Una ley que ha sido promulgada después del hecho no es obligatoria porque no podía ser conocida); «*Ante legem, transgressio legis esse non potuit; poena autem factum supponit probatum et judicatum violationem legis esse*» (Antes de la ley no es posible la transgresión de la ley; la pena exige un hecho demostrado que pueda ser condenado como infracción de la ley).

³¹ *Romanos*, 4, 15.

³² *Revisión*, pp. 130-131 nota a pie, donde el autor, a diferencia de Kant, acepta, en total, cuatro poderes.

³³ 6:331, 25.

²² *N. de T.*: Si bien en latín clásico *peccare* significa equivocarse o cometer un error.

²³ SÉNECA, *De ira*, 1, 19, 7.

²⁴ *Anti-Hobbes*, pp. 201-237.

²⁵ *Ibid.*, p. 221 con nota.

²⁶ *Ibid.*, pp. 225-227, nota en p. 226.

²⁷ *Revisión*, p. 61. Véase también *Revisión*, pp. 54 y ss., donde se dice que «la conducta realizada [sería] por sí misma justificación jurídica real y suficiente del mal». El mal «se puede imponer sólo a causa del delito; porque una persona ha infringido la ley y una infracción de la ley, que estaba condicionada por semejante mal, es justificación suficiente conforme a los principios del Derecho para hacerle sufrir realmente el mal».

²⁸ *Revisión*, p. 60.

²⁹ *Ibid.*, p. 63. Véase también p. 131 nota, según la cual «no se puede imaginar pena alguna sin ley».

Feuerbach en el *Anti-Hobbes* y en la *Revisión* (véase apartado II) el principio de Séneca. El pasaje que ahora nos ocupa dice lo siguiente:

La *justicia punitiva* (*iustitia punitiva*), basada en el argumento de que el *merecimiento de pena es moral* (*quia peccatum est*), debe ser diferenciada de la *prudencia punitiva*, que es meramente *pragmática* (*ne peccetur*) y se apoya en la experiencia de aquello que tiene mayor eficacia para evitar delitos; la justicia punitiva tiene otro lugar completamente diferente en la tópica de los conceptos jurídicos, *locus iusti*; su lugar no es el del *conducibilis* o de lo que es *ventajoso* para un determinado propósito, ni el de la mera honestidad, cuyo lugar debe ser buscado en la ética³⁴.

Kant enlaza aquí con la teoría de la argumentación de su tiempo. Con la «tópica de los conceptos jurídicos» se refiere a la *tópica* de los catálogos de *topoi* apoyados en Aristóteles (topos = lugar) que en el siglo XVIII todavía se utilizaban. Los catálogos de *topoi* reúnen, según la representación de su correspondiente autor, los más importantes conceptos de una disciplina y ordenan estos conceptos de tal forma que pueden ser utilizados en cualquier situación en que se argumente. Los catálogos de *topoi* son instrumentos de ayuda en discusiones. Había catálogos de *topoi* muy generales, instrumentos de ayuda para las argumentaciones sobre cualquier tema, y catálogos de *topoi* para materias concretas, por eso se distinguía entre *loci communes* (lugares comunes) y *loci especiales* para materias específicas³⁵. Kant plantea en el pasaje destacado una «tópica de conceptos jurídicos», es decir, como una tópica jurídica especial en la que se atribuye al merecimiento de pena y a la prudencia punitiva distintos lugares: al merecimiento de pena el *locus iusti* (lugar de lo justo), a la prudencia punitiva el *locus conducibilis* (con palabras de Kant: el «lugar de lo ventajoso» o, en el lenguaje actual, «el lugar de lo útil»).

Nuestro pasaje se ocupa expresamente de «argumentos del merecimiento de pena, es decir, argumentos para el merecimiento de pena del autor de un determinado delito». Se debe diferenciar, según Kant, entre «justicia penal» para la que el «argumento del merecimiento de pena es moral» y la «prudencia penal» para la que es (el argumento del merecimiento de pena) «simplemente pragmático». *Quia peccatum est* y *ne peccetur* son argumentos del merecimiento de pena. Y ello porque cuando se utilizan permiten, con

independencia de que sean o no argumentos irrefutables, motivar que una persona debe ser penada. El *quia peccatum est* afirma que una determinada persona puede ser sancionada cuando y porque ha cometido un delito; el *ne peccetur* afirma que una determinada persona puede ser sancionada cuando y porque así ningún (otro) delito se cometerá. La justicia penal y el argumento moral del merecimiento de pena (*quia peccatum est*) ocupan un lugar diferente en la tópica de los conceptos jurídicos al de la prudencia punitiva y el argumento pragmático del merecimiento de pena (*ne peccetur*). Y es que el argumento de la justicia punitiva es moral, mientras que el argumento de la prudencia punitiva es «meramente pragmático».

Debemos comprender correctamente el término «moral» que Kant utiliza. Lo moral es lo opuesto a lo físico, Derecho y ética pertenecen en igual medida a la moral. Por este motivo Kant trata en la *Metafísica de las costumbres* (*Metaphysik der Sitten*) tanto la teoría del Derecho como teoría de la virtud (la ética)³⁶. Un argumento moral es, por consiguiente, un argumento que pertenece a la teoría del Derecho o a la ética. En cambio, un argumento pragmático tiene un carácter técnico (¿qué comportamiento debo realizar para alcanzar el objetivo Z?). Kant excluye la ética de nuestro pasaje (sobre esto, véase *infra*) y, por tanto, se puede caracterizar el término «moral» del *quia peccatum est* como un argumento *jurídico*.

Volvamos al *locus iusti* que tiene un papel clave en el contexto de nuestro pasaje. *Locus iusti* se remite a la *lex iusti* («ley de lo justo»). La *lex iusti* es la ley de los Derechos externos o, con otras palabras, la ley determinante en una concreta situación de Derecho (Estado de Derecho). En una concreta situación de Derecho es determinante, por un lado, el Derecho natural inderogable. Por otro lado, empero, el Derecho positivo dado en el Estado de Derecho incierto (Kant sostiene que no es «Derecho positivo» cualquier pseudo-Derecho, sino sólo aquel Derecho estatal, de carácter obligatorio, cuando, entre otras razones, no contradiga al Derecho natural)³⁷. Lo podemos formular de otro modo: la *lex iusti* es el Derecho (en un Estado de Derecho) del que se ocupan los juristas. La expresión *locus iusti* se refiere a esta *lex iusti*. La *lex iusti* es, por tanto, el *lugar*, en el que se tratan puras cuestiones jurídicas. Cuando Kant dice que la justicia punitiva (y con ello el argumento moral del merecimiento de pena: *quia peccatum est*) pertenece al *locus iusti*, está queriendo decir que es una cuestión puramente jurídica. El *quia peccatum est* es un argumento moral pero no pertenece, según indica de forma expresa Kant, al *locus honesti* (el «lugar de lo honesto», de lo bueno éticamente) de modo que no pertenece a la ética. Por consiguiente, es un argumento jurídico.

³⁶ Sobre este concepto de «moral» véase BYRD y HRUSCHKA, *Commentary* (ob. cit., n. 7), pp. 3-4.

³⁷ Sobre el concepto de *lex iusti* y el contexto deductivo en el que se encuentra la *lex iusti* véase próximo BYRD y HRUSCHKA, *Commentary* (ob. cit., n. 7), pp. 52-54.

³⁴ 6:363, 31-364, 36.

³⁵ *Loci communes* son, lógicamente, muy generales. De hecho, los catálogos de *topoi* para discusiones generales fueron tan banales en el siglo XVIII y siguientes que la expresión «lugar común» (traducción literal de *locus communis*) recibió una connotación negativa que hoy todavía tiene. Véase Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, pp. 6-26; Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'Argumentation-La nouvelle rhétorique*, 2.^a ed., Brüssel, 1970, pp. 112-115; O. PRIMAVESI, Ch. KANN y S. GOLDMANN, art. «Topik; Topos», en Joachim RITTER y Karlfried GRÜNDER (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 10 (1998), pp. 1263-1288. Kant utiliza, empero, la expresión «lugar común» en sentido positivo y usa *locus communis* en un sentido más amplio, como hemos indicado arriba (6:357, 17-32).

¿Por qué es un argumento jurídico el *quia peccatum est*? Aclarémoslo con el ejemplo de la «forma básica de las conclusiones jurídicas» (*Grundform des juristischen Schlusses*, terminología según Klug), lo que Kant denominaría simplemente «conclusión de razón práctica»³⁸: 1) (premisa mayor) los homicidas deben ser penados; 2) (premisa menor) A es un homicida; 3) (conclusión) A debe ser penado³⁹. El argumento *quia peccatum est* se construye sobre esta conclusión lógica. No es otra cosa que un resumen de esta conclusión. La premisa mayor de la conclusión lógica actúa como regla general, a continuación subsume (en la premisa menor) el hecho A bajo la condición de la premisa mayor y llega, finalmente, a la conclusión de que A debe ser penado. Esto es, penar a A «porque ha delinquido». Se trata, por tanto, de una cuestión puramente jurídica.

4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL EN FEUERBACH

Pasemos ahora a otro principio del Estado de Derecho que encontramos en Feuerbach (entre otros). El principio de legalidad procesal, que hoy se recoge expresamente en los §§ 152.2 y 160 StPO, indica que las autoridades encargadas de la persecución penal y los tribunales están obligados, respectivamente, a perseguir y condenar los hechos delictivos que sean conocidos. En la *Revisión* Feuerbach fundamenta el principio de legalidad procesal (que en 1799 todavía no tiene ese nombre) mediante reflexiones generales sobre el Derecho penal. Se pregunta cómo transmite el Estado el convencimiento a los ciudadanos de que al delito cometido se le *vincula necesariamente* la pena prevista para ese delito⁴⁰. La transmisión de este convencimiento se logra a través de dos reflexiones interconectadas:

1) El medio, que podría generar este convencimiento en los ciudadanos, debe contener *per se* (según Feuerbach) «el convencimiento de la necesidad de la vinculación del mal con el delito»⁴¹. Luego continúa diciendo:

De aquí se deduce que la vinculación del mal con el delito debe ser amenazada por la ley. La ley es general y necesaria. Habla a todos los ciudadanos, amenaza con la pena a aquel que ha cometido el delito y establece esta pena precisamente porque es una ley, como una consecuencia jurídica necesaria del delito. Quien realiza esa conducta debe sufrir esta pena; quien no la realiza debe librarse de la pena. Pena y delito se encuentran condicionados entre sí: nadie puede querer lo uno o lo otro; nadie puede decidirse por el hecho ilegal sin someterse al mal con que está asociado⁴².

³⁸ Sobre las conclusiones prácticas de la razón en Kant véase BYRD y HRUSCHKA, *Commentary* (ob. cit., n. 7), pp. 149-154.

³⁹ Véase Ulrich KLUG, *Juristische Logik*, 3.ª ed., 1966, pp. 47-48.

⁴⁰ *Revisión*, p. 47.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 48-49.

⁴² *Ibid.*, pp. 49.

2) La ley, que amenaza con una pena, no basta para transmitir el convencimiento indicado, también se debe aplicar. Feuerbach escribe:

Pero con esta amenaza legal todavía no se ha hecho todo. Es cierto que ésta determina la necesidad jurídica absoluta de la pena, pero tras esta necesidad jurídica se debe actuar realmente. El mal con el que amenaza la ley tiene que aplicarse cuando se produzca realmente la ofensa⁴³ que la ley requiere. Porque la amenaza legal debe determinar las voluntades, lo que no puede conseguir si no es una amenaza de un mal futuro que se aplica realmente [es decir], que sólo sea jurídicamente necesaria. En este caso sería una amenaza vacía que no despertaría temor en nadie, y que no podría ser un instrumento para la determinación de la intención. Por eso la ley se contradiría a sí misma y sería como si no existiera. Por tanto para que la amenaza de la ley sea una auténtica amenaza debe ser realmente aplicada, debe ejecutarse realmente el mal cuando el hecho asociado acontezca⁴⁴.

Es evidente que el principio de legalidad procesal se deduce de estas reflexiones. Las amenazas penales legales, si queremos que sean creíbles, requieren que las autoridades encargadas de la persecución penal tengan el deber de perseguir los delitos cometidos. En este contexto se afirma: «la ley dice categóricamente que el delito debe estar vinculado a un mal»⁴⁵. El principio indica que la pena (el «mal») está vinculada al delito sin ninguna otra condición: «categóricamente» significa «incondicionalmente». Por tanto, el principio citado («la ley dice categóricamente que el delito debe estar vinculado a un mal») es la formulación del principio de legalidad procesal por Feuerbach (de manera más precisa: una de las formulaciones de Feuerbach). Lógicamente ello exige que no se pueda comprender que la ley penal está únicamente dirigida al ciudadano sino que debe entenderse, en primer lugar, dirigida a los órganos encargados de la persecución penal y a los tribunales. En concreto, Feuerbach dice expresamente:

La ley penal «se refiere [...] a los funcionarios del Estado que ejercen el poder judicial del Estado. A estos se les impone la obligación absoluta de sancionar los delitos conforme a ella y puede descomponerse en este sentido en dos proposiciones: a) no puede haber delito alguno sin pena legal o el mal penal es la condición del delito (*nullum crimen sine poena legali*). b) No puede haber pena legal sin delito o la condición (fundamento necesario) de la pena es el delito por sí sólo (*nulla poena legalis sine crimine*)»⁴⁶. Para evitar malentendidos: lógicamente la ley penal se refiere de forma mediata al «posible delincuente»⁴⁷. Sus primeros destinatarios son, sin embargo, los tribunales (y los órganos encargados de la persecución penal).

⁴³ *N. de T.*: en el texto original «Beleidigung». Hruschka insiste en que esta palabra (que de una forma literal significa «Leidzufügung» —infligir daño—) tenía en el siglo XVIII un significado adicional al de hoy (insulto o injuria): infracción de la ley (*laesio*).

⁴⁴ *Revisión*, p. 50.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 55.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 148.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 149.

La primera de las proposiciones en que (según Feuerbach) se puede descomponer la ley penal es la de que no puede haber delito sin pena legal o, en latín, *nullum crimen sine poena legali*. Con la formulación, «el mal penal» es «la condición del delito», presenta Feuerbach la pena legal como la condición necesaria para el delito (amenazado con dicha pena). De ello se deduce que el delito es una condición suficiente para la pena⁴⁸, lo que, por su parte, equivale al principio *nullum crimen sine poena legali*. De hecho, el principio se deduce *per se* de la ley penal dirigida al juez (y a los órganos encargados de la persecución penal) a los que se les manda sancionar delitos. No es otra cosa que una referencia al «deber» (*Sollen*) dirigido al juez (y a los órganos encargados de la persecución penal) o, con otras palabras, es otra formulación (la segunda de Feuerbach) del principio de legalidad procesal. Volveremos otra vez a la segunda proposición que Feuerbach obtiene de la ley penal (apartado 6).

5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL EN KANT

Las reflexiones expuestas en el apartado 4 vinculaban a Feuerbach con la *Rechtslehre* de Kant, en la que éste formuló por primera vez el principio de legalidad procesal con las siguientes palabras: «la ley penal es un imperativo categórico»⁴⁹. También Kant requiere lo que Feuerbach dice de forma expresa, a saber, que los órganos encargados de la persecución penal y los tribunales sean los auténticos destinatarios de la ley penal. Ya en el *Leviathan* de Hobbes se dice: «las leyes penales determinan las penas debidas a los infractores de las leyes y están dirigidas únicamente a los servidores públicos obligados a la ejecución de las penas»⁵⁰. Esto es para Kant, que conoce perfectamente el *Leviathan*, una obviedad. Además la *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (ALR-«Ordenanza territorial general para los Estados prusianos») de 1794 (tres años antes de la *Rechtslehre* de Kant) formuló la imposición de pena como un imperativo categórico. Tómese por ejemplo el II 20 § 826 ALR que dice: «aquel que con dolo premeditado de muerte cometa efectivamente un homicidio deberá ser sancionado como asesino con la pena de rueda⁵¹ de arriba abajo».

⁴⁸ Feuerbach utiliza aquí la regla «siempre que *p* es una condición necesaria para *q*, entonces *q* es una condición suficiente para *p*». Sobre esta relación entre condición necesaria y suficiente véase KLUG, *Juristische Logik* (ob. cit., 38), p. 44.

⁴⁹ 6:331, 32-33. Una primera referencia al hecho de que la frase es la formulación de Kant del principio de legalidad procesal en mi artículo en ZStW 115 (2003) pp. 201 y ss., 218. Un análisis en esta misma dirección también se encuentra en ALTENHAIN (ob. cit., n. 4) pp. 11-12. Véase también BYRD y HRUSCHKA, «Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat», JZ, 2007 pp. 957-964 (960-962).

⁵⁰ HOBBS, *Leviathan* (ob. cit., n. 29), cap. XXVI, p. 207: «[Leges] poenales sunt, quae poenas violatoribus legum infligendas definiunt, quaeque ministros, quorum officium est poenas exequi, solos alloquantur».

⁵¹ N. de T.: La pena de rueda se aplicó hasta comienzos del siglo XVIII en Alemania, Suiza y Austria. Constaba de dos partes. En primer lugar, el verdugo rompía las extremidades y el cuello con una rueda de carro. A continuación dejaba al sujeto (si sobrevivía) atado a esa misma rueda en

Volvamos de nuevo a la «forma básica de las conclusiones jurídicas», a la «conclusión de razón práctica», de la que hemos hablado en el apartado 3. Cuando Kant afirma que la ley penal es un imperativo categórico, debemos entenderlo como una referencia a la premisa superior de la conclusión racional («el homicida debe ser sancionado»), que precisamente es un imperativo categórico, es decir, incondicionado, en oposición a los imperativos hipotéticos, que son condicionales (por ejemplo: *si* quieres clavar un clavo en la pared, debes apoyar la punta y no la cabeza del clavo en la pared. O: *si* no quieres ser sancionado, debes abstenerte de matar a otra persona)⁵².

Aunque Feuerbach reproduce textualmente la formulación de Kant⁵³, no debe pasarse por alto una diferencia entre ambos. El fundamento del principio de legalidad procesal en Feuerbach es, entre otros, la credibilidad de la amenaza legal de pena. Con este punto de vista no puede trabajar Kant. Y es que con ello se convierte la imposición de la pena y su ejecución (a los correspondiente delincuentes) en un medio para el fin de mantener a posteriores criminales potenciales con el temor que despierta la amenaza (legal) de pena. Reflexiones utilitaristas de este tipo no tienen cabida en una doctrina pura del Derecho. El principio kantiano «la ley penal es un imperativo categórico» es *descriptivo*, aclaratorio, y no un precepto o una norma. Simplemente nos comunica algo que, de todos modos ya sabemos, de preceptos como el II 20 § 826 ALR y otros similares: que las autoridades encargadas de la persecución penal y los tribunales *deben* sancionar a los delincuentes y por medio de *estos* preceptos están obligados a perseguir y condenar a los autores. Hoy sólo necesitamos el § 152.2 StPO y otras normas de las que se deriva el deber de persecución y condena de las autoridades y tribunales, porque nuestras leyes penales están construidas en una especie de lenguaje pseudo-descriptivo («quien mate, *será sancionado*»), de modo que no parecen normas. Con esa forma resultan más propias de un trabajo etnográfico que de un Código Penal⁵⁴.

medio de la plaza donde se practicaba el suplicio, para que muriera lentamente. Cuando se empezaba de arriba (por el cuello) abajo (resto de las extremidades) era por motivos «humanitarios» ya que así era más probable que el sujeto muriera antes.

⁵² NAUCKE (ob. cit., n. 16), p. 31, acepta que la ley penal, como imperativo categórico, *me* manda algo. En cambio, con relación al ciudadano la ley penal no es un imperativo categórico sino hipotético.

⁵³ *Revision*, p. 141 nota a pie.

⁵⁴ Kant pone ejemplos sobre la utilización del principio de legalidad procesal: el ejemplo del delincuente que deja que le practiquen peligrosos experimentos para librarse de la pena (6:332, 3-10), y el ejemplo de la isla (6:333, 17-25), según el cual un Estado no puede disolverse sin haber satisfecho el principio de legalidad procesal. Al respecto ya se ha hablado suficientemente en otro pasaje, no siendo necesario volver a repetirlo aquí. Véase BYRD y HRUSCHKA, JZ, 2007 (ob. cit., n. 47), pp. 961 y ss. No obstante, se ha de indicar aquí que Kant se opone a los posibles indultos de delincuentes condenados (6:337, 9-20), sobre ello JZ, 2007 p. 959.

6. «NADIE PUEDE SER PENADO SIN DELITO PROBADO»

El principio que refleja el título de este apartado⁵⁵ es una observación de Kant sobre la presunción de inocencia, tal y como es formulada por Achenwall en *Ius Naturae*⁵⁶. La presunción de inocencia requiere que se haya demostrado la culpabilidad del acusado; de esto se deduce que nadie puede ser penado si no se ha probado su hecho. La presunción de inocencia pertenece al patrimonio de la filosofía del Derecho de la Ilustración. Su construcción más conocida es la de Puffendorf, que también Kant reproduce (parcialmente) en la *Rechtslehre*: *Quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium* (se presume que toda persona es buena hasta que se demuestre lo contrario)⁵⁷.

Kant trabaja, por un lado, con la presunción de inocencia y, por otro, con el concepto de integridad (*Unbescholtenheit*). Integridad es un momento del derecho de libertad originario. En consecuencia, la «cualidad de una persona íntegra (*iusti*)» le corresponde «a cualquiera por naturaleza»⁵⁸. Ello quiere decir que cualquiera debe ser visto por naturaleza como una persona «justa» (*iustus*), esto es, como alguien que hace «lo que es justo según las leyes externas»⁵⁹. Kant destaca de forma expresa que se trata de la cuestión de sobre quién recae, cuando sea un «hecho dudoso», «la carga de la prueba (*onus probandi*)». Gracias a la cualidad de una persona íntegra, cualquiera que «rechaza una obligación» puede apelar «a su innato derecho a la libertad» y con ello a su integridad⁶⁰.

Feuerbach no trabaja con la presunción de inocencia. No obstante, también conoce el principio fundamental de que nadie puede ser penado salvo por un delito probado. En la *Revisión* deduce Feuerbach este principio fundamental del principio *nulla poena sine lege*. Con motivo de la construcción en alemán del principio *nulla poena, etc.*⁶¹, se dice:

Una ley existente no es aplicable cuando las condiciones a las que se vincula la pena como consecuencia jurídica o no concurren en absoluto o no se pueden demostrar. La pena no se establece de forma incondicionada sino que se vincula al delito como condición. No hay por ello ninguna pena excepcional cuando la prueba es incompleta. Una pena incompleta concurre cuando las razones para la existencia del delito no tienen todas las características que la ley demanda

para una certeza plena. La pena debe ser impuesta simplemente conforme a la ley y una pena sólo puede ser impuesta conforme a la ley cuando concurren los requisitos que han de ser la razón jurídica de la pena; mediante una prueba incompleta no se confirma, en cambio, la existencia de aquella condición; y, también, en consecuencia, la ley penal, en caso de prueba incompleta del requisito, no acontece, con lo que tampoco puede imponerse pena alguna⁶².

Sin ley no hay pena alguna. Ahora bien, como cada ley formula los requisitos típicos de la pena junto a la pena a imponer, no puede haber pena alguna conforme a esta ley cuando los requisitos típicos no estén satisfechos. De ello resulta que cuando el juez competente ha llegado a la conclusión de que no está demostrado que los requisitos típicos estén satisfechos, no se podrá imponer pena alguna conforme a la ley.

En otro pasaje de la *Revisión* Feuerbach trabaja con la proposición cuyo significado hemos dejado abierto en el apartado 4: «no debe haber pena legal sin delito, o la condición (fundamento necesario) de la pena es el delito por sí sólo (*nulla poena legalis sine crimine*)»⁶³. Este principio en latín significa «no hay pena legal sin delito». En el *Tratado* se formula la idea de forma más precisa: «la imposición de una pena está condicionada por la existencia de una conducta amenazada (*nulla poena sine crimine*)»⁶⁴. Es decir, el juez (y las autoridades encargadas de la persecución penal) sólo podrán imponer una pena legal cuando hayan constatado la «existencia» de un delito. Únicamente entonces, cuando se haya cometido un delito *in concreto*⁶⁵, la pena es debida.

En realidad Feuerbach está de acuerdo con Kant, si bien es cierto que la falta del principio de presunción de inocencia resulta extraña (para nosotros) y que el principio de Feuerbach, *nulla poena sine crimine*, posiblemente sea menos manejable que la presunción de inocencia.

7. SOBRE LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO

En la «Adición de aclaraciones» de la segunda edición de la *Rechtslehre*, Kant no sólo comenta el «porque ha delinquido», sino que también resume con una frase sus ideas esenciales sobre el Derecho penal: «la simple idea de una constitución entre personas encierra ya un concepto de justicia penal (*Strafgerechtigkeit*) que corresponde al poder supremo»⁶⁶. Únicamente po-

⁵⁵ 19:413, 3-4.

⁵⁶ ACHENWALL, *Ius Naturae II* (ob. cit., n. 15), § 198 (= 19:413, 28-34).

⁵⁷ Véase 6:301, 15-16, donde Kant sustituye las dos últimas palabras por un «etc.». Por lo demás, véase mi artículo «Die Unschuldsvermutung in der Rechtsphilosophie der Aufklärung», *ZStW* 112 (2000), pp. 285-300.

⁵⁸ Véase por un lado 6:238, 1-3, por el otro 6:237, 21-23.

⁵⁹ Véase 6:224, 7-8.

⁶⁰ 6:238, 12-20. Véase también BYRD y HRUSCHKA, *Commentary* (ob. cit., n. 7), pp. 82-83.

⁶¹ *Revision*, p. 63, véase apartado II.

⁶² *Ibid.*, pp. 63 y ss. Provisionalmente se indica que Feuerbach se posiciona contra las penas «excepcionales». Sobre el sistema penal del siglo dieciocho que reconoce penas excepcionales véase el texto de la nota 9.

⁶³ *Ibid.*, p. 148.

⁶⁴ El texto completo *infra* (apartado 8).

⁶⁵ *Ibid.*, p. 147.

⁶⁶ 6:362, 31-33 (cursiva original).

demos hablar de un Estado (de Derecho) cuando tenemos un «poder supremo». «Poder supremo» no se refiere a la violencia fáctica sobre las personas (*violentia*) sino al poder sobre las personas (*potestas*) que tiene un carácter jurídico⁶⁷. Ahora bien, el concepto de poder supremo y el de equidad penal o justicia penal (como hoy se diría) se implican mutuamente⁶⁸. El Estado (de Derecho) es una condición necesaria para una justicia penal (humana) y la justicia penal (humana) es una condición necesaria para el poder supremo en un Estado de Derecho. Dicho con otras palabras: no sólo se trata de que únicamente se pueda imaginar la pena como la relación del poder supremo con el particular⁶⁹, sino que solamente cuando el poder supremo se ajuste a la justicia penal y la mantenga podremos hablar de un poder supremo y de un Estado de Derecho.

Kant habla del Estado de Derecho y sus aportaciones en otro pasaje de la *Rechtslehre*. «La situación de Derecho es aquella relación de las personas entre sí que contiene las condiciones bajo las cuales cada uno pueda disfrutar de sus derechos»⁷⁰. Éste es el pleno sentido de una situación de Derecho (Estado de Derecho): que cada uno pueda disfrutar de sus derechos. Lo que implica que a cada sujeto no sólo le correspondan los derechos de forma nominal, sino que cada uno pueda ejercerlos. También tenemos derechos en el estado de naturaleza⁷¹, pero estos derechos todavía son «provisionales (temporales)». La función de una situación de derecho es hacer que nuestros derechos también sean derechos «perentorios (asegurados)»⁷². Una «constitución civil», como se decía, «es simplemente la situación jurídica por medio de la cual a cada uno... se asegura... lo suyo»⁷³. Por consiguiente, tenemos el deber (jurídico) de salir del estado de naturaleza e ingresar en una situación de Derecho. Este mandato, que denomina «postulado de Derecho público»⁷⁴, lo expresa Kant en diferentes formulaciones, una de las cuales dice: «entrar en una situación, donde cada uno puede tener asegurado lo suyo frente a cada otro»⁷⁵. Ingresamos en una situación de Derecho para

el aseguramiento de nuestros derechos. Nos podríamos dar el derecho a utilizar la violencia para realizar nuestros derechos. Ahora bien, es el Estado de Derecho el que asume el aseguramiento de estos derechos. Para el aseguramiento de los derechos de los ciudadanos y de otras personas, que se encuentran en una situación de Derecho (concreta), corresponde, empero, el establecimiento de una «justicia penal». También vale para la justicia penal lo que Kant escribe, en relación con sus explicaciones sobre la situación de Derecho, de que el «tribunal se nombra así mismo la justicia de un país y la existencia de semejante justicia es la cuestión más importante de entre todas las cuestiones jurídicas»⁷⁶.

Volvamos a Feuerbach. En la *Revisión* afirma sobre el fin del Estado: «el fin del Estado es la libertad recíproca de todos los ciudadanos o, dicho de otro modo, la situación en la que cada uno pueda ejercitar plenamente sus derechos, seguro frente a ofensas. Cada ofensa contradice, por ello, la naturaleza y el fin de la sociedad civil»⁷⁷. Aparte de que con ello parte del concepto kantiano de libertad⁷⁸ Feuerbach define aquí la situación de Derecho como una situación en la que «cada uno puede ejercitar plenamente sus derechos seguro frente a ofensas»⁷⁹. Esa es precisamente la posición de Kant. Feuerbach continúa exponiendo: la «protección de los derechos» de sus ciudadanos es el fin del Estado⁸⁰. Este fin del Estado proporciona la respuesta a la cuestión de por qué le corresponde al Estado el poder penal. «El fundamento del poder penal es el aseguramiento de derechos plenos»⁸¹. También ésta es la posición de Kant. La coincidencia entre Kant y Feuerbach no es casual, dado que Feuerbach es un seguidor de Kant, hecho que aquél no guarda en secreto. En diversos pasajes de la *Revisión* se remite de forma expresa a la *Rechtslehre*⁸² y también utiliza el comentario a la *Rechtslehre* de Jacob Sigismund Beck⁸³.

Más allá de lo dicho hasta el momento Feuerbach distingue, como ya hemos visto en el apartado 2, entre «el fin de la amenaza de la pena» que reside en la «intimidación» de delincuentes potenciales⁸⁴ y «el fundamento de la misma imposición»⁸⁵. Aquí se desvía Feuerbach de la posición de Kant,

⁶⁷ Kant distingue entre dos conceptos diferentes de violencia (*Gewalt*): «violencia como *violentia*» (6:307, 13) «violencia como *potestas*» (por ejemplo 6:318, 4). La primera se puede describir como *pura* violencia, es decir, fuerza física real, la segunda como poder jurídico sobre las personas.

⁶⁸ Sobre el hecho de que el concepto de «equidad penal» (*Strafgerechtigkeit* o *Kriminalgerechtigkeit*) es utilizado por Kant referido a la justicia penal (del Estado de Derecho), véase especialmente 6:331, 10-11. Véase también BYRD y HRUSCHKA, *Commentary* (ob. cit., n. 7), pp. 38-39, donde se muestra que la *iustitia* distributiva es una alegoría de la justicia penal (del Estado de Derecho).

⁶⁹ Véase por ejemplo 6:347, 11-12, donde se dice que la pena «acontece sólo en la relación de un superior (*imperantis*) con un sometido (*subditum*)» (cursiva añadida al original).

⁷⁰ 6:305, 34-306, 1 (cursiva original).

⁷¹ Por ejemplo 6:313, 5-8.

⁷² Terminología según 6:292, 28-30 (cursiva añadida al original).

⁷³ 6:256, 27-29 (cursiva añadida al original).

⁷⁴ 6:307, 8-9.

⁷⁵ 6:237, 7-8 (cursiva añadida al original).

⁷⁶ 6:306, 14-16.

⁷⁷ *Revisión*, p. 39. Sobre la expresión «ofensa» véase *supra* n. 42.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 26.

⁷⁹ En *ibid.*, p. 66, el propio Feuerbach habla de la «situación de derecho».

⁸⁰ *Ibid.*, p. 31.

⁸¹ *Ibid.*, p. 65.

⁸² En el primer y segundo capítulo de la *Revisión*, véase pp. 35, 48, 141.

⁸³ *Ibid.*, p. 39. Jacob Sigismund BECK, *Commentar über Kants Metaphysik der Sitten*, Erster Theil (primera parte), Halle 1798. En los pasajes consultados por Feuerbach aprecia Beck acertadamente que la teoría del Derecho penal (entre otras) de Kant parte de que se «condicionan penas» a la «infracción de las leyes» del Estado «para que no exista ningún delito» (*Commentar*, p. 450, cursiva añadida al original).

⁸⁴ *Revisión*, pp. 59-60.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 56.

en tanto que Kant no atribuye a la imposición de la pena un fin específico, lo que tampoco puede hacer (véase apartado 5). Quizá Feuerbach haya sido consciente de la desviación, aunque posiblemente tampoco la viera (la desviación), especialmente porque no la discute.

Si se prescinde de esta desviación se aprecia que las explicaciones de Feuerbach sobre la amenaza y la imposición de penas tienen cabida en la imagen que Kant dibuja del Estado de Derecho (la situación de Derecho). Y sobre todo porque también Kant parte, para la amenaza legal de la pena, de una teoría de la intimidación. Ello se aprecia en sus aclaraciones sobre el caso clásico de la tabla de Carnéades. En este caso se dice expresamente que la «ley penal» podría «no tener en absoluto» «el efecto pretendido» (en concreto, impedir que los naufragos maten a sus compañeros de destino). «Porque la amenaza con un mal, que todavía es incierto (la muerte [impuesta] por la sentencia judicial) no puede prevalecer frente al temor al mal que es seguro (morir ahogado)»⁸⁶. Resulta decisiva en este punto la observación de que la ley penal *pretende un efecto*. Kant no realiza más reflexiones sobre la teoría de la intimidación porque esta teoría se deriva por sí misma de la labor del Estado de Derecho: asegurar los derechos de los ciudadanos. Que Kant parta de la teoría de la intimidación no quiere decir que Feuerbach tome esta teoría precisamente de Kant. Significa simplemente lo que hemos dicho antes: las explicaciones de Feuerbach sobre la amenaza y la imposición de penas tienen cabida en la imagen que Kant dibuja de la situación de Derecho. Así, Feuerbach podría no haber encontrado ninguna dificultad en la lectura de las explicaciones de Kant sobre la tabla de Carneades.

Al establecer la diferencia entre amenaza e imposición de pena (y la teoría de la intimidación que se asocia con esta distinción) encuentran Kant y Feuerbach una fuente común⁸⁷ en el *Compendio de Derecho natural (Naturrechtskompendium)* de Gottfried Achenwall, obra muy extendida en la segunda mitad del siglo XVIII en Alemania⁸⁸. Tanto Kant como Feuerbach conocen los escritos correspondientes de Achenwall⁸⁹. Achenwall distingue dos medios que el Estado utiliza para que «a cada uno le sea reconocido por el otro su derecho». El primer y principal medio es la causación de temor,

el segundo y subsidiario es hacer efectivo el acto coercitivo con que se amenaza⁹⁰. Achenwall indica expresamente que la intimidación frente a hechos delictivos es el fin de las amenazas de penas estatales⁹¹. Achenwall también responde a la pregunta de por qué en caso de una infracción de la ley se impone una pena: en verdad dice que el delincuente es penado *a causa* de su delito⁹². Este último comentario permite tanto la tesis de Kant (el delito *per se* sería el motivo de la sanción del delincuente —porque ha delinquido—) como la de Feuerbach (con la sanción actual de una persona se vincularía también el fin de hacer efectiva la amenaza legal de pena).

8. RESUMEN DE FEUERBACH DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL EN EL ESTADO DE DERECHO

El punto álgido de las reflexiones de Feuerbach sobre los principios fundamentales del Derecho penal en el Estado de Derecho que aquí hemos analizado no lo encontramos en el *Anti-Hobbes* o en la *Revisión*, sino en el *Tratado*. Feuerbach redacta en este último texto un resumen de los «principios superiores del Derecho punitivo». El resumen consiste en un único principio superior y en tres principios secundarios, «subordinados sin excepción», que se deducen de aquél.

El principio superior es el siguiente:

«Cada pena legal en el Estado es la consecuencia de una ley creada por la necesidad de mantener nuestros derechos y que amenaza una infracción jurídica con un mal perceptible por los sentidos sensorial».

Los principios subordinados indican:

I. *Toda imposición de una pena requiere una ley penal (Nulla poena sine lege)*. Y ello porque la simple amenaza del mal por la ley fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena.

II. *La imposición de una pena está condicionada por la existencia de una conducta amenazada (Nulla poena sine crimine)*. Y ello porque a través de la ley se vincula la pena con que se amenaza el hecho, como requisito jurídico necesario.

⁸⁶ 6:235, 26-35 (cursiva original).

⁸⁷ Véase mi artículo «Strafe und Strafrecht bei Achenwall-Zu einer Wurzel von Feuerbachs psychologischer Zwangstheorie», *JZ*, 1987 pp. 161-169.

⁸⁸ Véase al respecto por ejemplo Jan SCHRÖDER e Ines PIELEMEIER, «Naturrecht als Lehrfach an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhunderts», en Otto DANN y Diethelm KLIPPEL (eds.), *Naturrecht-Spättaufklärung-Revolution*, 1995, pp. 255-269, 261, donde se muestra que el *Compendio de Derecho natural* de Achenwall fue habitualmente objeto de las lecciones universitarias en Alemania.

⁸⁹ Véase *Die Kritik des natürlichen Rechts (Crítica del Derecho natural)*, 1796, p. 204., donde Feuerbach cita el *Ius Naturae* de ACHENWALL. También en la *Revisión*, p. 80, se remite Feuerbach a Achenwall.

⁹⁰ ACHENWALL, *Prolegomena Iuris Naturalis*, 2.ª ed., 1763, § 129, pp. 121-122.

⁹¹ ACHENWALL, *Ius Naturae II* (ob. cit., n. 15), § 40 (= 19:347, 14-15), donde dice sobre las amenazas penales: «*ut nempe proposito malo a transgressione legum absterreantur*» (que ellos [los súbditos] son *desanimados* por el mal de la infracción de la ley), cursiva añadida al original. Véase también § 118 (= 19:383, 13), donde se dice: «*ut ab earum transgressione sufficiter deterreantur*» (que ellos son suficientemente *desanimados* por la infracción de las leyes).

⁹² *Ius Naturae II* (ob. cit., n. 15), § 40 (= 19:347, 15-17): «*Consistit [...] poena [...] in malo, quod superior infligit inferiori ob eius maleficium*» (la pena consiste en un mal que el señor impone a su súbdito *a causa* de su delito), cursiva añadida al original.

63637

III. *El hecho amenazado legalmente* (el requisito legal) *está condicionado por la pena legal* (*Nullum crimen sine poena legali*). Y ello porque a través de la ley se vincula el mal a la infracción jurídica determinada como una consecuencia jurídica necesaria.

Feuerbach se aferra a este principio superior y a los tres subordinados en las once ediciones de su *Tratado*⁹³. El principio superior no sólo resume la teoría penal de Feuerbach sino que, en la medida que alcanza, también reproduce correctamente la doctrina del Derecho penal de Kant.

Los tres «principios subordinados» de Feuerbach son (según el orden de los tratados) el principio *nulla poena sine lege*, el principio de que el delito tiene que ser probado antes de que se pueda imponer una pena y el principio de legalidad procesal⁹⁴. Para estos tres principios igualmente vale lo que hemos indicado sobre el «principio superior del Derecho punitivo». Son principios que no sólo son propios de Feuerbach; también pertenecen a la *Rechtslehre* de Kant. La aportación de la *Rechtslehre* de Kant reside, entre otras cosas, en haber servido de fundamento para la doctrina del Derecho penal de Feuerbach.

⁹³ Tuve a mi disposición las siguientes ediciones del *Tratado*, 1.ª ed., 1801, p. 20; 2.ª ed., 1803, pp. 19 y ss.; 3.ª ed., 1805, p. 20; 5.ª ed., 1812, pp. 21 y ss.; 6.ª ed., 1818, pp. 23 y ss.; 7.ª ed., 1820, pp. 23 y ss.; 9.ª ed., 1826, pp. 22 y ss.; 10.ª ed., 1828, p. 18; 11.ª ed., 1832, p. 19. Los pasajes reproducidos en el texto se encuentran en el *Tratado* en la 1.ª ed., en los §§ 23, 24 y, a partir de la 2.ª ed., en los §§ 19, 20 (cursiva original). A partir de la 7.ª ed., se sustituye en el texto original las palabras «*die Existenz*» por «*das Daseyn*» y «*das [...] Factum*» por «*die [...] That*».

⁹⁴ Bohnert considera que los tres principios latinos de Feuerbach son principios «en los que se establece la exigencia de determinación»; véase Joachim BOHNERT, *Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*, 1982, p. 9. Bohnert no se ocupa del pasaje de la *Revision*, p. 148, en el que Feuerbach presenta su principio segundo y tercero en un contexto completamente distinto (véase apartados 5 y 6).

VI. LA CIUDADELA DE LA MORAL EN LA CORTE DE LOS JURISTAS

José Juan MORESO

As if I had performed a strategic retreat into an inner citadel.

Isaiah BERLIN (1958, 135).

1. UN CASO HIPOTÉTICO, TRES CONTEMPORÁNEOS Y UNA DE ROMANOS

Es un hecho habitual que algunos textos jurídicos usen términos valorativos, expresiones con cierta carga moral y, de este modo, al menos aparentemente, remitan a la moralidad. Algunas de estas expresiones, conocidas en nuestra literatura jurídica como *conceptos jurídicos indeterminados*, son al menos tan antiguos como nuestro Derecho privado: *buena fe*, *diligencia de un buen padre de familia*, etc. Otras llegaron con las declaraciones de Derechos incluidas en constituciones y tratados internacionales: *dignidad humana*, *igualdad*, *prohibición de tratos inhumanos o degradantes*, etc. Me valdré de esta última expresión, que parece remitir a aquellos tratos que la moral identifica como degradantes, para plantear la cuestión siguiente: ¿al usar en los textos jurídicos este tipo de expresiones el Derecho realmente incorpora las pautas morales o la argumentación moral? Como veremos, hay varios modos de ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión que serán analizados aquí. Hay también diversas formas de contestar afirmativamente a la cuestión. Una de ellas será vindicada en este trabajo.

En primer lugar, consideremos el siguiente caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación filosófica*¹, se describe el Londres de 2013

¹ KERR, *A Philosophical Investigation*, traducido por M. BACH como *Una investigación filosófica*, 1996. Creo que escuché relacionar este ejemplo literario, por primera vez, con la cuestión de la incorporación de la moralidad al Derecho a Juan Carlos Bayón en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el invierno austral de 1996 y lo he usado ya en