

# KANT SOBRE EL DERECHO PENAL KANT ABOUT CRIMINAL LAW

*Manuel Jiménez Redondo*

*Catedrático de Filosofía  
Universitat de València*

## RESUMEN

En *La metafísica de las costumbres*, Kant planteó su «Doctrina del Derecho» y expuso sus argumentos en abierta polémica con Cesare Beccaria. La controversia no se limitaba a la pena de muerte; concernía también a la fundamentación de las penas y del propio Derecho penal, justificación sustentada en una reflexión sobre la igualdad y la libertad. El artículo analiza esta reflexión, ilustra la controversia antes mencionada y expone de manera pormenorizada las tesis de Kant sobre dos cuestiones que siguen siendo clave en la discusión contemporánea de la dogmática penal: la pena de muerte y el aborto.

## PALABRAS CLAVE

Kant, Derecho penal, igualdad, fundamentación de las penas, pena de muerte, aborto.

## ABSTRACT

*The Metaphysics of Morals* develops Kant's Law theory. Kant emphasizes his arguments within the discussion he hold with Beccaria. Not only concerning the death penalty, but also in relation to the foundations of punishment and criminal law. Particularly, he develops a deep reflection on equality and freedom. These both concepts are analyzed in this essay. To do this, we will focus on the Kantian approach to two key issues in the discussion of the criminal doctrine like the death penalty and the abortion.

## KEY WORDS

Kant, Criminal Law, equality, fundamentals of punishment, death penalty, abortion.

# KANT SOBRE EL DERECHO PENAL\*

Manuel Jiménez Redondo

Catedrático de Filosofía  
Universitat de València

**Sumario:** 1. De los delitos y las penas. 1.1. Ser libre y Derecho penal. 1.2. El fundamento de la pena, la igualdad. 1.3. Ley del talión; igualdad, pero no *simpliciter*, sino en el efecto. 1.4. El difícil cálculo de la igualdad en el efecto. 1.5. Igualdad literal, igualdad en el efecto, igualdad en la forma. 1.6. Utilidad, Derecho y ética. 1.7. Conclusiones. 2. Kant sobre la pena de muerte. 2.1. La pena de muerte. 2.2. Beccaria y Kant. 2.3. Los argumentos de Beccaria y de Kant. 2.4. El argumento de Kant. 2.5. El límite de la pena. 3. Una perspectiva kantiana sobre el aborto. 3.1. Libertad y tiempo. 3.2. Nacidos y no nacidos. 3.3. Kant sobre el «infanticidio materno». 3.4. Infanticidio materno y aborto. 3.5. Perspectiva kantiana sobre el aborto. 3.6. Dos recursos ante la indeterminación. Notas. Bibliografía.

## 1. DE LOS DELITOS Y LAS PENAS

*De los delitos y las penas en general.* Al capítulo titulado «El Derecho público», incluido en la «Doctrina del derecho» de *La metafísica de las costumbres*, sigue una «Observación general sobre los efectos jurídicos de la asociación civil» que contiene varias secciones. La sección E.1, dedicada a Derecho penal, es una de las partes más célebres de la «Doctrina del derecho» de Kant, dada la postura que este adopta sobre de la pena de muerte en oposición a la que Cesare Beccaria defiende en *De los delitos y las penas* (1764). Este libro de Beccaria es el texto que, en su obra *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), Michel Foucault considera el pórtico del *Panóptico* de Bentham. En la propuesta de la organización estatal de las penas que allí propone Bentham se reflejarían, por lo demás, rasgos esenciales de la época moderna, pero no podemos entrar en esto.

En lo que se refiere a orientaciones de principio, la obra de Beccaria marca, pues, el tránsito que va de la *Constitutio criminalis carolina* (1532) —por señalar un ejemplo de código penal vigente en la Europa prerrevolucionaria— a los códigos penales que se siguen de los principios de la Revolución francesa. Se publica en la segunda mitad del siglo XVIII y es, por tanto, anterior a la Revolución, aunque, naturalmente, bebe de las ideas y los principios que la inspiran, sobre todo de *El contrato social* (1762) de Rousseau, tal como aquellos principios quedarían reflejados en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789. La «Doctrina del derecho» (1797) de *La metafísica de las costumbres*

\* El presente texto forma parte de una edición comentada de *La metafísica de las costumbres* de Kant, de próxima aparición.

de Kant representa, a su vez, un análisis, articulación y demostración de la copertenencia de los principios de esa Declaración. Es una exposición de los principios de la modernidad jurídica y política.

Pues bien, sobre la base de los aquellos principios, Beccaria defiende apasionada y decididamente —con «compasiva sensiblería» como dice Kant— la abolición de la pena de muerte, que estima contraria a lo que deben considerarse principios racionales del Derecho penal, mientras que Kant la defiende como componente del imperativo categórico penal de la razón (Nietzsche hablaría de la crueldad del imperativo categórico). Pero argumentaríamos *muy mal* si de antemano diésemos por inadmisibles la pena de muerte y después, precisamente por ello, simpatizásemos con los argumentos de Beccaria y nos resultasen antipáticos los de Kant, e incluso si algunas de las observaciones de este último nos resultasen siniestras —como aquella, citada una y otra vez, de acuerdo con la cual «[...] si una sociedad civil se disolviese por asentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, si un pueblo que habitase una isla decidiese separarse y dispersarse por todo el mundo), antes habría de ser ejecutado todo asesino que se encontrase en prisión para que cada uno sufra lo que merece por sus hechos y para que ese delito de sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido el castigo; pues se le puede considerar participe de esa vulneración pública de la justicia» (Kant, [1797] 1978: 455)—. No se trata, pues, de argumentar a favor de la posición de Beccaria y contra la de Kant, sino de algo distinto.

*Kant contra Kant.* Cuando se los mira desde la *ley del talión*, entendida tanto como instrumento de la venganza privada como de la justicia pública, los argumentos de Beccaria son muy flojos, tal como Kant los expone, y los expone bastante bien si se cotejan con el libro de Beccaria. Los argumentos sólidos son los de Kant. Pero precisamente del análisis de los argumentos que Kant desarrolla contra la posición Beccaria en E.1, que no hay más remedio que considerar conjuntamente con los del § 6 (sobre el suicidio) contenidos en la «Doctrina de la virtud» (la segunda parte de *La metafísica de las costumbres* de Kant), se sigue categóricamente, como cuestión de principio, la inadmisibilidad jurídica de la pena de muerte. La posición explícita de Kant sobre la pena de muerte es completamente antikaniana. La ley penal no es, entonces, un imperativo categórico que categóricamente incluya para el delito de homicidio doloso (asesinato) la pena de muerte del asesino, sino que es un imperativo categórico que categóricamente excluye para el delito de homicidio doloso la pena de muerte —al igual que, por ejemplo, para el delito de violación, categóricamente excluye la pena de violación del criminal—. La ley penal es un imperativo categórico de la razón que excluye categóricamente castigar un delito cometiendo la misma acción categóricamente rechazable en que el delito consiste. Y, según el propio Kant, privar deliberadamente a otro de la vida siempre es categóricamente rechazable, incondicionalmente reprochable, salvo en caso de autodefensa (en la que, tomada con la suficiente amplitud, puede incluirse la guerra, pero no la pena de muerte ni siquiera en situación de guerra). Es decir, el Derecho estatutario que incluya en el Derecho penal la pena de muerte contraviene lo que, conforme a la argumentación de Kant, son los principios racionales del Derecho. En lo que sigue repasaré brevemente la argumentación completa de Kant.

## 1.1. SER LIBRE Y DERECHO PENAL

En el primer párrafo del E.1, después de referirse brevemente a la diferencia entre Derecho civil y penal, Kant introduce inmediatamente la idea más importante, que, naturalmente, es la del ser libre mismo, esto es, la idea del hombre como un fin en sí. Ello determina el todo de la argumentación de E.1. Dice: «La pena no puede nunca imponerse meramente para fomentar algún bien, ya sea para el delincuente mismo, ya sea para la sociedad, sino que debe siempre imponérsele solo porque ha delinquido; pues el hombre nunca puede ser tratado meramente como medio para las intenciones de otro y mezclársele así con los objetos del derecho de cosas, pues de ello le protege su personalidad innata [es decir, su derecho innato de libertad, por tanto su ser libre, su carácter de fin en sí], aunque pueda ser condenado a perder la personalidad civil [derecho de voto, etc.]. Tiene que ser encontrado culpable antes de poderse pensar siquiera obtener de esa pena algún provecho para él o para los conciudadanos. La ley penal [el Derecho penal] es un imperativo categórico» (*Ibidem*: 453). Es decir, la ley penal nunca puede ser un imperativo del tipo: «Si quieres conseguir tal o cual cosa, entonces debes actuar de esta o aquella manera», sino que ha de ser siempre un imperativo que adopte la siguiente forma «Debes actuar de tal o cual manera» incondicionalmente.

De la afirmación inicial («La pena no puede imponerse meramente para conseguir un bien, ya sea para el propio delincuente ya sea para la sociedad») no se sigue que, al tratarse de justicia pública, la pena no pueda tener a la vez una finalidad disuasoria o preventiva ni que su ejecución no pueda tener a la vez el sentido de rehabilitación. Es decir, la teoría de la pena de Kant no es una «teoría mixta», pero no excluye los aspectos en los que otras teorías de la pena ponen el énfasis. Pero el *sentido primero* de la ley penal, que es un imperativo categórico, es que la pena se impone porque se ha delinquido y solo por eso; lo demás ha de entenderse en un sentido colateral o derivativo, por importante que sea, so pena de convertir lo que es un imperativo categórico en un imperativo condicionado, es decir, sujeto a un fin o condición. Y, por supuesto, afirma Kant, la ley penal concebida como imperativo categórico excluye cualquier *desconexión* entre el delito y la pena en el sentido positivo o negativo de *utilidad* conforme a aquella frase del evangelio de San Juan: «Es preferible que un hombre muera a que todo el pueblo perezca».

## 1.2. EL FUNDAMENTO DE LA PENA, LA IGUALDAD

En el párrafo tercero de E.1, Kant se pregunta «cuál es el grado de castigo que la justicia pública ha de ponerse como criterio». Y su respuesta es clara en abstracto: «No puede haber otro criterio que el principio de la igualdad (en el fiel de la balanza de la justicia), el principio de no inclinarse más a un lado que a otro» (*Ibidem*: 453)<sup>1</sup>. En eso mismo que haces vulnerando la ley tiene que consistir la pena: «El mal que indebidamente haces a otro, te lo haces a ti mismo; ofendes a otro, te estás ofendiendo a ti mismo; golpeas a otro, te estás golpeando a ti mismo; robas a otro, te estás robando a ti mismo; matas a otro, te estás matando a ti mismo» (*Ibidem*: 454).

El concepto subyacente a esas igualdades que definen el grado de la pena es también la explicación de la idea de que la ley penal es un imperativo categórico. Kant no lo hace explícito, pues lo considera obvio. Es la ley que proviene de tu ser libre, de tu carácter de fin en sí y que *por eso vale para todos por igual* la que, siendo pública y haciéndose valer, categóricamente exige que se haga públicamente patente en ti la inversión que has practicado de ella. Lo que has hecho con los demás, si es que has de quedar a la altura de tu propia universalidad, ha de ser igualmente válido para ti y cumplirse en ti. Solo así, invirtiendo de este modo tu inversión, se hace efectiva la ley en su necesidad y universalidad práctica. Pues en tu universalidad, en tu carácter de un cualquiera a quien se refiere la ley, no puedes sostener la idea de no querer que esa inversión no se cumpla también en ti. De hecho — dice Kant —, nadie protesta cuando, tras haber cometido un delito, el tribunal de justicia le impone la pena que evidentemente merece. Es el tribunal, que encarna el hacerse valer de la ley, y que representa, por tanto, al *homo noumenon*, el que impone la pena al *homo phaenomenon*.

### 1.3. LEY DEL TALIÓN; IGUALDAD, PERO NO SIMPLICITER, SINO EN EL EFECTO

Sería entonces la ley de la represalia, la ley del talión, ejercida por la justicia pública, representante de la universalidad efectiva de la ley, nunca por la justicia privada, la única que puede determinar la cualidad y la cantidad de la pena, «[...] pues todas las demás oscilan de acá para allá y, a causa de que se mezclan otras consideraciones, no pueden contener adecuación alguna con la justicia pura y estricta» (*Ibidem*: 454). Con el tipo de humor grueso que le caracterizaba en estos casos, Hegel bromeaba sobre esta reivindicación kantiana del «ojo por ojo y diente por diente» como criterio penal afirmando que, para aplicarlo, el delincuente no tenía que haber perdido la vista o que tenía que quedarle algún diente.

Pero Kant añade enseguida que, al hablar de igualdad, no se trata de *igualdad literal*, sino de la *igualdad en el efecto*. La pena habría de tener el mismo efecto que el acto por el que aquella se impone como castigo. Ahora bien, contra lo que Kant parece pretender en nombre de la «justicia pura y estricta», para poder establecerse la igualdad en el efecto no hay más remedio que mezclar consideraciones que, al igual que a otros criterios —también a la ley del talión—, la hacen oscilar de acá para allá y de allá para acá. Así, dice Kant, cuando un hombre muy acaudalado ha hecho algo que puede calificarse como una ofensa verbal a otro de condición social muy inferior, no basta con una multa, sino que la pena que se le imponga ha de tener por efecto una humillación equivalente; y, naturalmente, tal equivalencia no puede establecerse sin un grado considerable de apreciación de las circunstancias y de discrecionalidad. Por ejemplo, aparte de la multa, habría que obligarle a pedir públicamente perdón al ofendido y a besar su mano. Igualmente, si un noble golpea a un ciudadano «inocente y de rango inferior», la pena impuesta no debería únicamente consistir en la petición de perdón al sujeto pasivo, sino también en un periodo de arresto, etc. Así debería cumplirse aproximadamente (pero solo aproximadamente, conforme al efecto, aunque no conforme a la letra, o desde luego no solo conforme a la letra) lo que la ley de represalia ejercida por la justicia publica exige.

## 1.4. EL DIFÍCIL CÁLCULO DE LA IGUALDAD EN EL EFECTO

En el tercer ejemplo propuesto por Kant, la igualdad o equivalencia que «la sentencia de la justicia pura y estricta» exige entre el acto cometido y la pena que se impone por el acto cometido no puede establecerse (ni literalmente ni en lo que se refiere a efecto) si no es introduciendo una radicalidad que habría a su vez que justificar. La pena que habría que hacer equivalente al acto que se castiga exige una interpretación de este y, en todo caso, una estimación del alcance de sus consecuencias que, en diversas direcciones, tiene un amplísimo margen de variación y en la que la *igualdad* reclamada por la ley del talión empieza a no ser reconocible sin más ni como *igualdad literal* ni como *igualdad en el efecto*.

Kant dice: «Pero ¿qué quiere decir que cuando robas te robas a ti mismo? Quien roba hace insegura la propiedad de todos los demás; se priva a sí mismo (conforme a la ley de la represalia) de la seguridad de toda posible propiedad; por tanto, no tiene nada, y no puede tampoco adquirir nada; pero quiere vivir, lo cual no es posible de otro modo que si otros lo alimentan. Y porque eso el Estado no lo hará *gratis*, aquel habrá de cederle sus fuerzas para los trabajos que el Estado estime oportunos (trabajos forzados o presidio), pasando así a la situación de esclavo durante cierto tiempo o de por vida según se estime» (*Ibidem*: 454).

Pero ya a este propósito escribe Hegel en su *Filosofía del Derecho*: «Al cobrar la propiedad y la personalidad reconocimiento y validez jurídica en la sociedad civil, el delito ya no es vulneración de algo subjetivo sino que es una vulneración de la cosa pública y universal que tiene en sí una existencia fija y sólida. Con eso entra en juego el punto de vista de la peligrosidad de la acción para la sociedad, mediante lo cual se ve reforzada por un lado la magnitud del delito [al entenderse que afecta a todos], pero por otro lado el poder de la sociedad que se ha vuelto seguro de sí mismo rebaja la importancia de la vulneración e introduce, por tanto, una mayor suavidad en el castigo» (Hegel, 1821: § 216). En lo referente a vulneraciones de lo mío y lo tuyo externos, relativos a cosas y prestaciones, solo determinados delitos que pusiesen en peligro muy amplios sectores de eso mío o tuyo se avendrían hoy con esta radical interpretación que en la perspectiva de la ley de represalia Kant hace del tipo de acción delictiva que es el robo y de la pena que ese delito exige. Por lo general, el significado de un robo o un hurto dista mucho de tener el alcance que Kant quiere atribuirles: hacer en principio insegura la propiedad en general.

## 1.5. IGUALDAD LITERAL, IGUALDAD EN EL EFECTO, IGUALDAD EN LA FORMA

Pero en una recensión no firmada de *La metafísica de las costumbres* de Kant, un crítico de Gotinga<sup>2</sup> pone a Kant ante tipos de delitos para cuyo castigo, definitivamente, no se puede apelar ni a una igualdad entre el acto y la pena que el acto merece ni en sentido *literal* ni en lo que se refiere al *efecto*. Se trata, en un caso, de un acto con el que se vulnera con particular gravedad lo «suyo interno» de alguien, pero al que de ningún modo le puede corresponder como pena algo igual ni *literalmente* ni en lo que se refiere a *efecto*, dado que la aplicación de tal pena sería un «delito contra la humanidad», dice Kant, punible a su vez. Es el delito de *violación*. El segundo delito es el de *bestialismo*. Este último estuvo ausente durante mucho tiempo en los códigos penales y ha vuelto a reaparecer en los códi-

gos penales europeos durante el siglo XXI, entre ellos el Código Penal español, que, tras la reforma operada por la LO 10/2015, de 30 de marzo, incluyó en el tipo de maltrato animal la «explotación sexual de los animales»: es, por tanto, necesario determinar el alcance que ha de tener aquí el término *explotación*. Como sea, en ambos casos se trata de delitos que no tienen «réplica», es decir, que a la hora de fijar la pena que habría de corresponderles no puede apelarse a la ley de la represalia ni en el sentido de una igualdad literal ni de una igualdad conforme al efecto.

Y sin embargo, aun en este tipo de delitos que no tienen reciprocidad, en su respuesta publicada como apéndice a la segunda edición de la «Doctrina del derecho» Kant sigue apelando a la ley del talión «en cuanto a forma»: «Sigo teniendo la ley del talión por la única idea determinante *a priori* (es decir, no dependiente de la experiencia, que sería la que proporcionaría a este propósito los medios más poderosos, pero no se trata de eso), por la única idea determinante *a priori*, digo, como principio del Derecho penal. Pero, ¿qué hacer entonces cuando se trata de las penas de delitos que no admiten reciprocidad o réplica, o bien porque esta es en sí imposible o porque incluso sería un delito punible contra la humanidad, como es, por ejemplo, la violación; o igualmente el delito de pederastia o el de bestialismo. A los dos primeros se les debería imponer la pena de castración (como la de un blanco o un negro en un serrallo), y para el último la pena habría de ser la de expulsión y exclusión para siempre de la sociedad civil porque [el delincuente] se ha hecho indigno de la sociedad humana [...] *Per quod quis peccat, per idem punitur et idem* [mediante aquello que alguien peca, mediante eso mismo es castigado también lo mismo]... Imponerle penas discrecionales va literalmente en contra del concepto de justicia penal» (Kant, [1797] 1978: Apéndice, 487 ss.). Esto último es quizá para Kant lo decisivo.

Ahora bien, contra lo que sostiene Kant en la cita que acaba de reproducirse, estas penas para los delitos que no tienen réplica no son admisibles. La mutilación, conforme a los propios principios de Kant, es una vulneración del derecho de la humanidad en nosotros y, por tanto, no es admisible como pena. Y por lo que respecta a la pena que propone para castigar el delito de bestialismo, habría que empezar preguntando a causa de qué vulneración se impone esa pena. Pues según el propio Kant, los animales, al no ser seres libres, no tienen derechos, esto es, no hay relación jurídica con ellos. Por tanto, a través de la comisión del delito de bestialismo no se estarían vulnerando, conforme a lo que dice Kant, sino los derechos de la humanidad *en nuestra propia persona*, pero no se ve bien qué igualdad podría guardar con el delito la pena que Kant sugiere ni en cuanto a la *letra* ni en cuanto al *efecto* ni en cuanto a la *forma*, pues no se ve, o no se ve sin más, en qué sentido el delito de zoofilia o de «explotación sexual de los animales» implica algo así como una autoexclusión o autoexpulsión de la sociedad humana y la reducción a una sociedad animal.

## 1.6. UTILIDAD, DERECHO Y ÉTICA

En una nota en su contestación al recensor de Gotinga recogida en el Apéndice a la segunda edición de la «Doctrina del derecho» de la *La metafísica de las costumbres*, Kant precisa el sentido de todo lo que está diciendo. Es una de esas breves observaciones que

deja esquemáticamente a la vista el sentido de toda la filosofía moral y jurídica de Kant. Dice: «Ha de distinguirse entre justicia penal (*iustitia punitiva*) en la que el argumento de la punibilidad tiene carácter moral (*quia peccatum est*, se castiga porque se ha delinquido) y la prudencia penal en la que el argumento es pragmático (*ne peccetur*, se castiga para que no se delinca) y que se basa en la experiencia de aquello que tiene el efecto más fuerte para disuadir del delito. Lo primero tiene en la tópica de los conceptos jurídicos un lugar muy distinto, el *locus iusti*, el lugar de lo *justo*, y no el lugar de lo *conducibilis* (provechoso, o ventajoso), ni tampoco de lo simplemente *honesto*, cuyo lugar ha de buscarse en la ética» (*Ibidem*: 487 ss.).

Es decir, el sentido de todo lo que se está diciendo es que, a diferencia de la prudencia penal, cuyo lugar es el de lo *útil* y ventajoso —y que, por tanto, solo puede basarse en la reglas dimanantes de la experiencia relativas a la obtención de fines—, el lugar de la justicia penal es el lugar de lo *justo* y, por tanto, no puede tener otra base que principios *a priori*, principios necesarios, relativos a la forma de la relación entre arbitrios en cuanto libres, cualesquiera que sean los fines que esos arbitrios puedan perseguir. También los principios de la ética son *a priori*, no derivan de la experiencia, pero el lugar de ellos no es el de lo *justo*, sino el de lo *honesto*, es decir, ni son reglas prudenciales ni principios relativos a la forma de la relación entre los arbitrios cualesquiera que sean los fines que estos puedan perseguir, sino principios relativos a *fin*es que yo *debo* proponerme, a fines, por tanto prácticamente necesarios, que, por ser *fin*es, solo puedo proponérmelos yo, de suerte que, en el caso de que otros quisieran imponérmelos, y más allá de que eso es imposible, no me estaría tratando como un fin en sí, sino como un medio para lo que son fines suyos, aunque el fin fuese mi propia perfección. Como no hay otro fin que yo *deba* proponerme que el ser-libre mismo como fin en sí (y lo que de él deriva), ética y Derecho tienen una misma base, pero precisamente esa base exige la separación entre ambos y la distinción de ambos de una doctrina prudencial de la felicidad.

## 1.7. CONCLUSIONES

La justicia penal nunca puede disolverse en *prudencia penal* ni hacerse equivalente a ella. Y en el orden de lo *justo*, la única idea *necesaria* que cabe colegir aquí que pueda considerarse principio de la justicia penal es el *ius talionis*, ya sea en sentido de *igualdad literal* entre el delito y la pena (que hemos visto que no basta), de *igualdad en el efecto* (que hemos visto que no es precisable sin más) o de *igualdad en la forma* en el sentido de una *proporcionalidad* atendida a la máxima *per quod quis peccat, per idem punitur et idem* (que hemos visto que, en definitiva, resulta igual de imprecisa).

Y sin embargo, para Kant la proporcionalidad de la pena con aquello por lo que se impone la pena tiene que venir dada por el «pecado» que se ha cometido, por el propio hecho punible. Lo mismo tiene que ser castigado con lo mismo. Contravendría la justicia el hecho de que la relación entre el tipo penal y el derecho que se quiere proteger con ese tipo penal fuese, dice Kant, *willkürlich* (que aquí habría que traducir no como «arbitraria» sino como «discrecional» o incluso «convencional», esto es, no «necesaria», «contingente»),

por muy sopesada que sea esa discrecionalidad. Se castiga *quia peccatum est* porque se ha cometido un delito, *primariamente* por ello y no por ninguna otra cosa ni para ninguna otra cosa y el criterio de la pena que ha de imponerse es que *per quod quis peccat, per idem punitur et idem*. Para Kant, ello quiere decir que aquello con que el delito se castiga tiene que venir indicado de antemano, *a priori*, en su «cualidad y cantidad» (aunque ello solo haya de ser formalmente) por el delito mismo; la pena es aquello que vuelve a poner las cosas en su sitio en términos de justicia «pura y estricta».

Vemos, no obstante, que no parece que esto pueda ser así ni en lo que se refiere a la letra, ni en lo que se refiere al efecto ni en lo que se refiere a la forma. El código penal es un imperativo categórico de la razón, pero ni en su contenido, ni en su efecto ni en su forma parece poder venir determinado *a priori*, a no ser que por forma se entienda simplemente *proporcionalidad*, si bien se trata de una proporcionalidad cuyo contenido hay que excogitar, si no inventar, y que no parece venir dado *a priori*, como Kant parece querer.

En el Código Penal napoleónico de 1810 y en los códigos penales inspirados en el mismo, las penas se reducen principalmente a penas monetarias o de multa, a penas de cárcel y a la pena de muerte. Los delitos han quedado reducidos a tipos de vulneración del derecho de libertad o de vulneración del derecho de lo que Kant llama el derecho de libertad «ampliado mediante el postulado de la razón práctica» (*Ibidem*: 354), es decir, lo mío y lo tuyo internos o de lo mío y lo tuyo externos; la pena correspondiente es la de la privación de libertad o de privación económica de posibilidades de hacer. La relación del tipo de vulneración con el tipo de pena no puede, pues, pensarse sino como discrecional (*willkürlich*) en función de la gravedad que se atribuya al delito. Se castiga porque se ha delinquido y no para que no se delinca, pero el tipo de pena —siempre principalmente de multa o de privación de libertad— no cabe cifrarlo sin más en la vulneración misma, no viene dado *a priori* por esta, sino que debe ser establecido, y aquí no tienen más remedio que introducir todas las consideraciones relativas a la prevención y la rehabilitación. Kant no las excluye, pero sí expresa su temor a que estas alteren o provoquen el desvío de lo que, a su entender, debería ser la justicia «pura y estricta» —que, en lo que respecta a las penas, no siempre se sabe bien en qué podría consistir—.

## 2. KANT SOBRE LA PENA DE MUERTE

### 2.1. LA PENA DE MUERTE

La pena de muerte, que estuvo vigente en las democracias liberales europeas hasta los años setenta u ochenta del siglo XX —y que aún lo está en Estados Unidos, principalmente para el delito de homicidio doloso (asesinato) sin ninguna clase de atenuantes—, representa el caso de pena que guarda con el delito aquella igualdad que la justicia penal «pura y estricta» exige. En ella, el principio de *igualdad*, la ley del talión, se cumple en su dimensión *literal*, en su vertiente de *efecto* y en su faceta de *per quod quis peccat, per idem punitur et*

*idem*, es decir, por su lado de *forma*. En cierto modo, la pena *capital* es la más importante de todas, la que proporciona el modelo para el tipo de relación *a priori* entre delito y pena que Kant tiene en mente; los criterios que cumple la pena capital son los que todas las demás habrían de cumplir. «Pero si ha asesinado, tiene que morir. Aquí no hay ningún sucedáneo que satisfaga a la justicia. Pues no hay ninguna similitud entre la vida por llena de aficciones que esté y la muerte, y, por tanto, tampoco puede haber otra igualdad entre el delito y la represalia que la establecida mediante la muerte judicialmente ejecutada en el autor, una muerte libre de toda maltrato que pudiese convertir la humanidad de la persona que la sufre en un espantajo» (*Ibidem*: 455).

## 2.2. BECCARIA Y KANT

En su libro *De los delitos y las penas* ([1764] 1774), Cesare Beccaria aboga por la abolición de la pena de muerte. Más de dos terceras parte de la sección E.1 de la «Observación general sobre los efectos jurídicos que se siguen de la naturaleza de la asociación civil» de la «Doctrina del Derecho» de *La metafísica de las costumbres* de Kant están dedicadas a rebatir los argumentos de Beccaria. Esta sección no queda completa, como dije al principio, sin leer conjuntamente con ella el § 6 de la «Doctrina de la virtud», dado que en la mentada sección E.1 Kant deja de lado el punto fuerte de la argumentación de Beccaria, que este no sabe encuadrar de forma adecuada. Kant ataca el argumento de Beccaria por su lado más débil y lo deshace. Lo sustituye por una argumentación sólida en la que, sin embargo, cabe el punto fuerte de la argumentación de Beccaria, que Kant sigue dejando de lado. Ahora bien, Kant hace suyo ese punto en el § 6 de la «Doctrina de la virtud» al hablar del suicidio. Si se une la argumentación de E.1 con la argumentación del párrafo § 6, se obtiene una contundente argumentación kantiana contra la pena de muerte. Esa unión está hecha por el propio Kant, pues es él mismo quien, en ambos párrafos, no solo utiliza exactamente los mismos conceptos, sino una misma terminología.

## 2.3. LOS ARGUMENTOS DE BECCARIA Y DE KANT

Tal como lo expone Kant, y lo expone bien, Beccaria argumenta que toda pena de muerte es contraria a Derecho, dado que no puede venir contenida en el contrato original; si así fuera, cada uno en el pueblo habría tenido que dar su asentimiento a perder su vida si mata a otro. Pero ese asentimiento es imposible «porque nadie puede disponer de su vida». Pues bien, aunque deja de lado este último inciso, Kant entiende que todo esto es pura sofistería.

El castigo —dice Kant— no es algo que alguien sufra porque lo quiera, sino por haber querido una acción punible: entonces pone en marcha la ley de la igualdad entre delito y pena, pena que él, ciertamente, no quiere, pues no sería castigo alguno que a alguien le suceda lo que quiere y es completamente imposible querer ser castigado. «Por tanto, decir que quiero ser castigado si asesino a cualquiera lo único que puede significar es que me someto junto con todos los demás a leyes que, naturalmente, si hay delincuen-

tes en el pueblo, incluirán también leyes penales. No es posible que yo, como legislador que dicta la ley penal, sea la misma persona que la que como súbdito es castigado conforme a esa ley. Pues precisamente como delincuente no es posible que yo tenga voz en la legislación (pues el legislador es *santo*). Así pues, cuando yo dicto contra mí una ley como delincuente es la *razón pura jurídico-legisladora en mí* (el *homo noumenon*, el legislador santo) la que en la comunidad ciudadana me somete junto con todos los demás a la ley penal como a alguien susceptible de delinquir y, por tanto, como a otra persona» (Kant, [1797] 1978: 457).

Conforme a la «Doctrina del Derecho», un «Estado jurídico» (un Estado de Derecho) es un orden articulado conforme a la idea de una voluntad unida con carácter general *a priori*, es decir, conforme a principios, legisladora y que hace valer la ley que dicta. Y, por supuesto, es la razón pura práctica en mí, *homo noumenon*, la idea a la que, en el fenómeno, como *homo phaenomenon*, quedo sujeto. La ley penal proviene también de una voluntad general unida *en idea* en tales términos. Beccaria confunde esto con el hecho de que yo, individuo empírico, pueda aceptar ser privado de la vida si mato deliberadamente a otro, y difícilmente puede aceptar eso alguien que no deteste su vida. Pero esta voluntad no es aquella voluntad unida conforme a principios con carácter general, legisladora, que es capaz de hacer valer lo que legisla. El argumento de Beccaria sería, pues, un sofisma en el que se confunde lo *empírico* con lo *a priori*.

## 2.4. EL ARGUMENTO DE KANT

Pero en la exposición que Kant hace de la argumentación de Beccaria este decía que «nadie podía asentir a eso» porque «nadie puede disponer de su vida». La forma verbal latina *disponieren* que Kant emplea raras veces es la misma que, junto con la distinción entre *homo phaenomenon* y *homo noumenon*, Kant emplea en la «Doctrina de la virtud» a propósito del *disponer de la propia vida*, del suicidio.

Pero Kant argumenta contra el suicidio en términos tales que lo convierte en un caso particular del quitar la vida, dado que lo que dice es que el hombre no puede dar por supuesto (como hace el suicida) que puede disponer de su vida porque, en cuanto fin en sí que es, no puede disponer de su vida ni disponer de la vida de nadie: ni él ni nadie. «Aniquilar al sujeto de la eticidad en la propia persona, es tanto como eliminar del mundo la eticidad en lo que se refiere a la existencia de esta, la cual (la eticidad o la existencia de esta) es un fin en sí mismo; por tanto, disponer de sí como simple medio para el fin que sea [e igualmente, por tanto, disponer en el otro de ella para el fin de hacer justicia] significa no respetar la humanidad en su persona (*homo noumenon*) a la que el hombre estaba confiado para conservarla» (*Ibidem*: 554).

Así pues, de la voluntad general unida conforme a principios, legisladora y capaz de imponer lo que legisla no puede formar parte una ley penal que establezca la pena de muerte, pues ello contraviene principios. Resulta, pues, que es Kant quien da alcance, fundamentándola en términos adecuados, a aquella idea de Beccaria según la cual que no es admisible la pena de muerte «porque nadie puede disponer de su vida», idea que, según

Kant, Beccaria no lograba fundamentar. La fundamenta Kant remitiéndose a la idea del ser libre como fin en sí, si leemos conjuntamente E.1 y el § 6 de la «Doctrina de la virtud» sobre el suicidio. Así, al menos, lo entiendo.

## 2.5. EL LÍMITE DE LA PENA

Si, por tanto, el delito de homicidio doloso es un delito que, al igual que el de violación, no tiene reciprocidad en la pena, es entonces el legislador el que ha de establecer *discrecionalmente* (*willkürlich*) la proporción entre el delito y la pena, pues del delito (ni en el caso del asesinato ni en el de ningún otro) no se sigue ni puede seguirse ya inmediatamente y sin más ni la «cualidad ni la cantidad» de la misma, sino que eso es algo que ha de establecer el legislador. La pena se impone principalmente *quia peccatum est* (porque se ha delinquido) y no *ne peccetur* (y no para que no se delinca). Una vez impuesta, y aunque haya de «estar orientada a la reeducación y la reinserción», tampoco es este *primariamente* su fin. En definitiva, la ley penal es un imperativo categórico de la razón, y todo ello se basa, para Kant, en la idea de ser libre, en la condición del hombre de ser un fin en sí (y, por tanto, en la idea de que, precisamente como libre, no puedo por menos que querer siempre ya que se cumpla también en mí inversión de la universalidad la ley, que yo he introducido). Sea dicho una vez más: «La pena se impone porque se ha delinquido, pues el hombre nunca puede manejarse meramente como un medio para los fines de otro [tampoco para los fines de rehabilitación] mezclándolo así con los objetos del Derecho de cosas, pues contra eso lo protege su personalidad innata [es decir, su ser libre, su carácter de fin en sí]» (*Ibidem*: 453). Es decir, en un «Estado jurídico» la pena se impone por la vulneración del carácter de la persona como fin en sí y, por tanto, la pena tiene *a priori* por límite ese carácter. La proporcionalidad de la pena habrá de excogitarla el legislador atendiendo a ambas cosas, dado que, conforme a lo que hemos visto, parece que es precisamente eso lo que, conforme a los principios kantianos, aparte de excluir la pena *capital* excluye también que en su «cualidad y cantidad» la pena pueda venir determinada *a priori*, como parece suponer Kant en su voluntad de dar forma rigurosa a las primeras ideas ilustradas sobre Derecho penal.

## 3. UNA PERSPECTIVA KANTIANA SOBRE EL ABORTO

*Infanticidio, duelo y aborto.* Al final del párrafo de la sección E.1 de la «Observación general sobre los efectos jurídicos que se siguen de la asociación civil» que estamos comentando, Kant se refiere a dos delitos, que serían «dignos de la pena de muerte», pero a los que esta no podría aplicarse sin cometer injusticia. Se trata del infanticidio materno en el caso de una madre soltera y del duelo entre militares con resultado de muerte. Aquí nos interesa el primero de ellos por la relación que guarda con la cuestión del aborto.

### 3.1. LIBERTAD Y TIEMPO

En cuestiones relativas a la «Doctrina del Derecho», dice Kant, no podríamos dar un paso si no aprendemos a abstraernos de las condiciones de espacio y tiempo, pues los principios de la «Doctrina del derecho» pertenecen al ámbito de lo *inteligible*, se refieren al ser libre y a las relaciones entre seres libres, al *homo noumenon*, no al *homo phaenomenon*, no al hombre en cuanto fenómeno en el espacio y en el tiempo. Una causa libre es aquella que no viene determinada por nada que le preceda en el tiempo (*espontaneidad*) y que es para sí misma su propia regla de determinación (*autonomía*). Y puesto que *explicar* cómo se produce una cosa significa explicar cómo viene determinada por otras en el curso del tiempo, nunca podremos explicar cómo se produce un ser libre, es decir, «[...] es imposible hacerse un concepto de cómo pueda generarse un ser libre mediante una operación física» (*Ibidem*: 393).

«Ni siquiera es posible que Dios pueda crear un ser libre» si entendemos esta relación como la de una causa operando en el tiempo (*Ibidem*), ya que, de ser así, todo en el ser supuestamente libre estaría necesariamente determinado por ese acto primero de creación. Pero somos libres, pues nos sabemos sometidos al imperativo moral, que dimana del ser libre, y, siendo así, lo único que entonces podemos mostrar o podríamos mostrar es que no hay contradicción en la idea de la creación de un ser libre por parte de Dios. Para ello, habríamos de abstraer las condiciones de espacio y tiempo, que son las únicas en las que, en *sentido teórico*, el concepto de causalidad puede cobrar *realidad objetiva*, y limitarnos, en *sentido práctico*, a hacer uso de la pura categoría de causa y producción sin hacer que a ella subyazga esquema temporal alguno, renunciando asimismo a toda representación *teórica* de Dios y limitándonos a sus representaciones *morales*. (Y, aun así, el ser libre, como pensaba Fichte, no parece dejar que se lo ponga, sino que se pone él mismo y, por tanto, tiene que ponerse como presuponiéndose, pues si en idea borro el mundo todo y junto con él me borro a mí mismo, allí estoy yo asistiendo a la borradura de todo y de mí, por tanto, presuponiéndome, saltando por detrás de mí. Pero dejemos esto)<sup>3</sup>.

Solo en este sentido práctico —dice Kant— puede considerarse «[...] una idea necesaria de la razón entender *el acto de generación* como un acto por el que ponemos una persona, un ser libre, en el mundo, sin pedirle su consentimiento» (Kant, [1797] 1978: 394). Ese acto impone a quienes lo ejecutan obligaciones hacia ese ser libre. Por de pronto —dice Kant—, «[...] no pueden tratar a su hijo un producto de ellos, pues un ser dotado de libertad no puede ser eso, o destruirlo como propiedad suya, o abandonarlo al azar» (*Ibidem*).

### 3.2. NACIDOS Y NO NACIDOS

Seguramente Kant esté pensando, al decir esto, en las convenciones de la antigüedad griega y romana sobre la vida de los recién nacidos. Pero a nosotros tales afirmaciones de Kant nos suscitan inmediatamente cuestiones referentes a los no nacidos. ¿En qué momento debe considerarse que *se pone a un ser libre en el mundo* si es imposible hacerse concepto de cómo pueda generarse un ser libre (una persona) mediante una operación física? ¿En el momento de la concepción, en el momento del nacimiento, en aquel momento interme-

dio entre la concepción y el nacimiento, en el que el feto cobra figura humana o en aquel en que cobra «viabilidad», es decir, capacidad de sobrevivir fuera del seno de la madre?

Subsumir bajo el concepto de ser libre lo que es el producto físico de la concepción exige salvar una indeterminación temporal, o mejor: encajar en un esquema temporal lo que escapa a él. Aunque Kant habla de «considerar el *acto de generación* como el acto por el que hemos puesto una persona en el mundo sin pedirle su consentimiento» (*Ibidem*: 340) y quizá esté pensando en el instante mismo de la concepción, situar el inicio de la existencia libre en ese instante y decir, en consecuencia, que desde ese instante estamos tratando con un ser libre no es menos arbitrario que situarlo en algún otro punto temporal antes del nacimiento, pues precisamente en la consideración de la existencia libre hay que abstraer el tiempo.

Es, pues, necesario buscar un esquema temporal de aplicación de la noción de ser libre después de haber tenido que abstraer de la relación de tiempo, pues en este caso, en la consideración del ser libre, son imprescindibles ambas operaciones. Y tal esquema no deriva sin más de la idea de ser libre, o no se ve cómo podría derivar. De ahí que la discusión en torno a ese esquema difícilmente podrá cerrarse alguna vez, pues en ella se trata de poner algún esquema limitante a lo que es una esencial indeterminación. Pero, aun si queda abierta, ha de cerrarse *provisionalmente* en lo que respecta a decisiones jurídicas relacionadas con ella, por más que esa provisionalidad haya de ser perpetua.

### 3.3. KANT SOBRE EL «INFANTICIDIO MATERNO»

Kant no se plantea la cuestión del aborto, pero sí otra que revierte sobre esta y permite también analizarla desde otro punto de vista. Se trata de la cuestión del *infanticidio materno*. En esta sección dedicada a Derecho penal que estamos comentando, Kant justifica o más bien *disculpa* la práctica o la convención de quitar la vida a quien viene al mundo en el mismo parto cuando el nacimiento de ese hijo, por haber sido concebido fuera del matrimonio, representa una «deshonra» que marcará de por vida a la madre soltera.

Siempre terrible en asuntos de Derecho penal, Kant empieza diciendo que también en este caso «[...] sigue en pie el imperativo categórico de la justicia penal, a saber: que el matar a alguien contra Derecho debe ser castigado con la pena de muerte. Pero es la legislación misma (y, por tanto, también la constitución civil), mientras permanezca bárbara e inculta, la que tiene la culpa de que los móviles del honor en el pueblo no quieran coincidir (subjétivamente) con las reglas que (objetivamente) son las que se conforman con lo que es la intención de ese honor, de modo que la justicia pública proveniente del Estado se convierte en injusticia en lo que respecta a la proveniente del pueblo» (*Ibidem*: 459). Es decir, los principios subjetivos de justicia generalmente aceptados no coinciden aquí con los criterios objetivos de justicia que se obtienen de la idea de libertad.

En este caso, parece que Kant, al argumentar, no se esté limitando a poner voz a los argumentos con los que puede justificarse a sí misma una legislación «bárbara e inculta» que consiente el infanticidio, sino que, aunque sin duda su intención es esa y no otra, hay partes de su argumento en las que podría parecer que Kant pasa a hablar en nombre propio,

en primera persona, pues lo que empieza presentándose como una pugna entre la madre por defender su «honor» y el hijo que se persona arrebatándosele, parece convertirse no ya solo en un momentáneo estado de naturaleza, de no Derecho, de guerra, sino también en algo de mayor alcance, relacionado con las condiciones de la aceptación del recién nacido por la comunidad jurídica, que, en ciertos supuestos, muy bien pueden privar a este de la tutela de la ley. Me parece claro que Kant rechaza tal cosa. Dice: «La legislación no puede borrar la deshonra de un nacimiento fuera del matrimonio [...] y así parece que los hombres se encuentran aquí en un estado de naturaleza, y el matar (*homicidium*) que entonces ni siquiera tendría que llamarse asesinato (*homicidium dolosum*), es punible en ambos casos [en el del infanticidio y en el del duelo entre militares con resultado de muerte], pero el poder supremo no puede castigarlo con la muerte. Pues el hijo que viene al mundo fuera del matrimonio ha nacido fuera de la ley (pues esta es aquí el matrimonio). Se ha introducido en la comunidad de contrabando, por así decirlo, como una mercancía prohibida, de modo que la comunidad puede ignorar su existencia (porque mejor no hubiese debido existir de esta forma) y, por tanto, también su destrucción, pues no hay disposición que pueda eliminar la vergüenza de la madre una vez que se conoce que ha dado a luz fuera del matrimonio» (*Ibidem*: 498). Se produce aquí una lucha a muerte (fuera de la ley y, sobre todo, previa a ley) entre la madre y el nacido que parece venir a provocarle la muerte civil. La única forma de reducir a Derecho esta supuesta suspensión del Estado de Derecho, que *objetivamente* repugna al principio de libertad conforme al que el recién nacido, si se lo considera persona, ha de ser protegido en un Estado de Derecho ya constituido, sería cambiar por completo esa «bárbara e inculta» mentalidad que introduce tal distorsión de los principios. Pero mientras ello no ocurra, considerar ese homicidio un homicidio doloso —dice Kant— sería *subjetivamente* una injusticia no admisible, aunque *objetivamente* constituiría sin duda la manera correcta de considerarlo.

### 3.4. INFANTICIDIO MATERNO Y ABORTO

Para defender la práctica del aborto, resulta tentador recurrir a la argumentación con la que Kant disculpa el infanticidio. En el caso del aborto, cabría igualmente sostener que quien llega sin ser querido, viene a apoderarse del espacio de la vida de los padres y, en todo caso, del de la madre, la cual, al ser quien, en virtud de su derecho de libertad y, por tanto, de su derecho a decidir sobre «lo suyo interno», como dice Kant, es decir, a decidir sobre su vida en general y sobre su cuerpo en particular, tendría derecho a rechazarlo. Sería este, pues, un ámbito que la legislación habría de limitarse a circunscribir como ámbito de la libertad de la madre, por lo menos hasta que al no nacido que viene en esos términos deba considerársele protegido por la legislación con independencia de la voluntad de la madre; y ello, en todo caso, no parece que pudiera ser antes de su capacidad de vivir fuera del seno materno.

Pero formulado así, este tipo de argumento nunca logra desprenderse del aspecto «bárbaro e inculto» al que se refiere Kant, es decir, el aspecto de estar suponiendo en definitiva al no nacido como *persona* a la vez que se supone para esa persona una suspensión del Es-

tado de Derecho dentro del Estado de Derecho mismo. En cuanto se considera al feto un *ser libre existente*, el argumento colapsa<sup>4</sup> por completo, pues valen sin más los derechos del ser libre (nacido o no nacido) al que se refiere Kant, que exigen la protección del Estado.

### 3.5. PERSPECTIVA KANTIANA SOBRE EL ABORTO

De un *posible* ser libre (antes de ser concebido) tendría sentido decir que exige de sus *posibles* padres no ser engendrado por ellos si con el acto de concepción le transmiten una grave enfermedad que ambos padecen, pues estos no pueden justificar ante él el hecho de darle existencia en tales condiciones sin su permiso. Aquí el ser libre y las relaciones entre seres libres como tales aparecen (como no podía de otro modo) sobrevolando las condiciones de espacio y tiempo, así como su propia contingencia.

Igualmente, la obligación que tienen los padres de cuidar del hijo que han traído al mundo no puede entenderse, según Kant, sino como el derecho que un ser libre (el hijo) reclama a otros seres libres (los padres) que lo han puesto en el mundo sin su permiso y sin condiciones hasta que pueda desenvolverse por sí mismo. Si nos fijamos bien, también aquí, cuando consideramos la relación entre seres libres *como tales*, hacemos abstracción de la distancia que se da entre el recién nacido y su mayoría de edad, aunque sea ese el contenido de los derechos, y concebimos la relación entre seres libres abstrayendo la relación de tiempo, en un presente *nouménico*. (E igualmente, una calumnia que se vierte sobre alguien ya fallecido, puede ser igual de punible que la que se vierte cuando está vivo —así lo ve Kant— en virtud del derecho que el ser libre como tal tiene a su buen nombre, a lo «suyo interno», del que el buen nombre sin duda forma parte. De nuevo, al considerar aquí la relación entre seres libres como tales, se abstrae la limitación temporal de la existencia).

El ser libre no lo es sin ser para sí un fin que queda por encima de sí y que, por tanto, ya no está a disposición ni de él ni de otro, sino que es un fin en sí<sup>5</sup>. Como tal fin en sí, el ser libre es intangible, algo santo para él mismo y para los demás, lo único santo; y decimos que su vida es sagrada, lo único sagrado, en el sentido de que constituye su base y en ningún otro sentido. Para Kant no hay ningún elemento normativo que quede al lado del ser libre o por encima de él y al que el ser libre hubiera de supeditarse; el ser libre solo está sujeto a las leyes que dimana de su propio ser libre. Tal como lo plantea Kant, el ser libre tiene el deber moral de no atentar contra su vida y de conservar su integridad física y tiene desde el principio, frente a todos los demás —empezando por sus padres— un derecho básico a la vida que desde el principio el «Estado jurídico» ha de hacer valer. Se trata de un derecho del ser libre *existente*, no de un ser libre potencial o posible, que, al igual que en el caso de los deberes de los padres antes mencionados —y junto con ellos—, solo podemos representárnoslo haciendo abstracción del tiempo. Y así, es el ser libre existente, el ser libre venido al mundo, esto es, es el nacido, es la *persona*, la que como persona reclama de los demás el cumplimiento de las obligaciones que se siguen de su derecho a la vida. Y se suscita entonces la cuestión de cómo se relaciona el ser libre en cuanto libre con su periodo de gestación de nueve meses en el seno materno, gestación que es, ciertamente, la gestación de un ser libre. Pero la libertad no se conmensura con el tiempo. Y así, ni

siquiera sobrevolando con el ser libre *posible* su propia contingencia y poniéndonos en su lugar, no resulta posible extraer conclusión alguna sobre lo «suyo interno» que pudiera ser argumentativamente *vinculante* para todos en el sentido de derivar de la noción misma de libertad, es decir, que se siga evidentemente del concepto mismo de libertad y que, por eso, se muestre como *prácticamente necesaria*.

### 3.6. DOS RECURSOS ANTE LA INDETERMINACIÓN<sup>6</sup>

Una primera forma de hacer frente a esta constitutiva indeterminación es recurrir a un «alma racional» que sería infundida por el creador en el acto mismo de la concepción. Pero parece que ello no resuelve nada, si se tiene en cuenta que «alma racional» no podría significar aquí sino «ser libre», y es precisamente el ser libre el que por principio suscita (y suscitó siempre) para este caso el problema de la inconmensurabilidad del ser libre con el tiempo (y, a la vez, como señala Kant, la necesidad de poner entre paréntesis cualquier representación *teórica* de la creación de un ser libre como una operación del Absoluto en el tiempo, que no supondría sino una negación lisa y llana de la noción de ser libre).

Una segunda manera de encarar la indeterminación consiste en enfrentarse directamente a la misma dejándola estar y reglando el trato con ella desde la noción misma de libertad, es decir, desde una perspectiva *práctica*. Es la que, *por ejemplo*, se adopta en la sentencia del caso *Roe vs. Wade* (1973) del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de especial importancia en nuestro presente por dos razones: en primer lugar, porque es el tipo de sentencia que los juristas romanos considerarían *elegans*, es decir, bien construida tanto en lo que respecta a la sencillez, la economía y la articulación de sus premisas de principio como en lo que hace a sus conclusiones —aunque no se estuviese de acuerdo ni con las unas ni con las otras—; en segundo lugar, por la influencia de la cultura americana en el presente.

Se trata del caso siguiente. Ante la negativa a practicarle *legalmente* el aborto en un determinado estado, la madre interesada recurre al Tribunal Supremo apelando la Enmienda 14 a la Constitución americana, conforme a la cual a nadie se le puede privar legítimamente de su vida, de su libertad y de su propiedad (en este caso de su libertad de decidir sobre un posible aborto) sin el *debido proceso legal*. El Tribunal Supremo se pone así expresamente en la posición de la instancia que decide sobre la admisibilidad o no admisibilidad de la legislación mediante la que el estado federado en cuestión coarta el derecho reclamado por la madre para decidir omnímodamente sobre una interrupción de su embarazo, y la cuestión queda referida al concepto de libertad.

Al llegarse a la conclusión de que la Constitución americana no reconoce al no nacido como persona y de que ni hay acuerdo —ni históricamente lo ha habido— sobre si el feto puede considerarse un ser libre (persona), y al no ser legítimo imponer a todos una determinada posición controvertible acerca de esa cuestión sobre la que nunca hubo acuerdo, se concluye que la legislación no puede atribuir al feto derechos relativos a la persona que este pueda hacer valer frente al derecho de la madre a decidir sobre lo «suyo interno» (su cuerpo y su vida) al menos durante el primer trimestre de la gestación, y que tampoco el

ejercicio de este derecho de libertad de la madre supone, por tanto, menoscabo de ese ser libre posible, potencial, pero no real.

Ahora bien, la madre no está sola en el mundo y su derecho de libertad para decidir sobre el aborto no es omnímodo; no lo es cuando exista un *compelling state interest*, es decir, cuando exista una obligación por parte del Estado de introducir regulaciones que vengan exigidas por el ejercicio de ese derecho. Así ocurre que, a partir del principio del segundo trimestre de la gestación, los estados pueden muy bien legislar dictando medidas sobre las condiciones médicas del aborto «razonablemente» dirigidas en favor de la vida y salud de la madre, que condicionan, pero que no cancelan, el derecho de la madre a decidir bajo consejo de su médico.

Y, finalmente, en el tercer trimestre de la gestación, a partir de que el feto alcance el punto de «viabilidad» (es decir, de que sea «capaz de una vida con sentido fuera del seno de la madre») existe un «importante y legítimo» interés del Estado, un *compelling state interest*, es decir, la obligación del Estado de proteger «la vida humana potencial», de suerte que los Estados tienen facultad para legislar «incluso prohibiendo el aborto durante ese periodo, excepto si es necesario para preservar la vida o la salud de la madre» (parágrafo X de la sentencia).

Aunque de ningún modo esta sentencia puede considerarse una conclusión *prácticamente necesaria* de premisas necesarias porque deriven todas del concepto de libertad, sí podría considerarse una conclusión *fair*, en el sentido de quizá podría asentir a ella cualquier ser libre: tanto el ser libre posible —si lo suponemos sobrevolando su propia contingencia— como la madre o cualquier ciudadano. No se ve, si no, cuál podría ser el modo de enfrentarse a esa indeterminación, de acuerdo con el derecho de libertad, sin imponer con carácter general una convicción no compartida, controvertible. La sentencia del caso *Roe vs. Wade* pone el derecho de libertad por encima de convicciones controvertibles que, sin embargo, y como debe ocurrir en toda auto-organización genuina de la libertad, quedan intactas para cada cual. Pues ya desde el principio el orden de la libertad nació de la experiencia de que no hay acuerdo sobre el sentido último de la vida y del mundo y de que, por tanto, cada cual ha de responsabilizarse él solo ante el Absoluto del sentido último que haya de darles, es decir, de la experiencia de lo radical que es nuestra libertad (la que Kant, bajo el título de *libertad trascendental*, decide tomar por principio).

Y puede entenderse que, en la última etapa, es decir, desde que el feto se vuelve «viable» (como *compelling point* para el Estado), la legislación protege la «vida potencial» no porque se atribuya al feto el derecho que una *persona* tiene a la vida (cosa que la legislación no parece poder hacer) ni porque se admita una fuente de normatividad distinta de la que el ser libre es para sí mismo al quedar por encima de sí, sino porque en esa última etapa el ser libre se anuncia ya, y la legislación, por así decirlo, le guarda el sitio que va a ocupar como persona. De este modo, la legislación recoge una convicción mayoritariamente compartida (también históricamente) que no deja de tener su punto de paradoja —tener que imponer un esquema temporal a lo que, en el sentido en que hemos dicho más arriba, escapa en definitiva al tiempo y al concepto, a saber, la producción de un ser libre por el acto físico de generación—. Esa convicción tan compartida es que el ser libre (persona) es el ser humano

que viene al mundo, es decir, el nacido, y que, por tanto, el feto no es persona, pero que, por lo menos desde que se vuelve «viable», si no ya antes, en el feto se anuncia la persona cuyo sitio la legislación tiene que proteger, aunque no por encima del derecho de la madre a la vida y a la salud.

## NOTAS

1. Hay que tener presente que la adopción de la ley del talión como criterio de la pena se consideraba en el contexto de discusión de la obra de Beccaria, del que bebe Kant, un importante progreso civilizatorio, una conquista de la libertad civil frente a la opresión. Y así lo está entendiendo Kant. Es el delito cometido el que determina la pena que sufre quien lo comete como réplica de ese delito, excluida de esa réplica todo lo que represente una falta de respeto a la humanidad en la persona del delincuente. En ello se expresaba un rechazo de principio al sistema penal del Antiguo Régimen, en el que, al menos en el caso de delitos graves, el contenido de las penas había de quedar ostentosamente por encima del contenido del delito cometido. Las penas estaban hechas para ser percibidas como la forma en la que la Majestad y el orden a los que se había osado desafiar con el delito reaccionaban contra el delincuente aplastándolo. Cfr. Foucault (1975: 106).
2. Se trata de Friedrich Bouterwek, profesor de Göttingen. El texto completo de su recesión, publicada en *Göttingische Anzeigen von gelehrten Sachen*, está recogido en el t. XX, p. 445-553 de la *Akademie Ausgabe* de las obras y escritos completos de Kant.
3. Sobre este punto en concreto véase la exposición de la doctrina de la ciencia en el verano de 1805 en Erlagen (Fichte, 1962-2012: secc. II, t. 9, lección 20: 272).
4. Es el término (*colapses*) que se emplea al referirse a este punto en la sentencia del caso *Roe vs. Wade* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (United States Supreme Court, *Roe vs. Wade*, (1973), No. 70-18, Argued: December 13, 1971, Decided: January 22, 1973, apartado IX).
5. Cfr. Jiménez Redondo (2013: 14 ss.).
6. Sobre las cuestiones que siguen, cfr. Vives Antón y Cuerda Arnau (2012).

## BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, Cesare ([1764] 1774): *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid: Joachin Ibarra.
- FICHTE, Johann Gottlieb (1962-2012): *Gesamtausgabe*, Stuttgart: Fromman-Holzboog.
- FOUCAULT, Michel (1975): *Surveiller et punir*, París: Gallimard.
- HEGEL, Georg Wihelm Friedrich ([1821] 1972): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt: Ullstein.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel (2013): «El hombre como fin en sí: una aproximación kantiana a la idea de persona», *Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, 14, 14-33.
- KANT, Immanuel ([1797] 1978): *Die Metaphysik der Sitten*, W. Weischedel (ed.), Frankfurt: Suhrkamp.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. y María Luisa CUERDA ARNAU (2012): *El debate acerca de la legalización del aborto*, Valencia: Tirant lo Blanch.

**Fecha de recepción: 19 de marzo de 2019.**

**Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.**