

REIVINDICACIÓN DE LA CONCEPCIÓN KANTIANA DEL
DERECHO Y DEL DELITO: TRAS LA LIBERTAD
VINDICATION OF KANTIAN CONCEPTION OF LAW AND CRIME: AFTER FREEDOM

Tomás S. Vives Antón

*Catedrático emérito de Derecho penal
Universitat de València*

RESUMEN

El artículo ofrece una reflexión acerca de la vigencia de la razón y la libertad del pensamiento kantiano —significativamente, la libertad política— junto a una visión crítica sobre ciertos aspectos del sistema conceptual que las envuelve, centralmente la contradicción entre la concepción kantiana del delito y de la pena. El texto advierte, sin embargo, que esta contradicción no es el germen del declive de una concepción kantiana del Derecho y del delito que viene avalada por el papel que corresponde a la libertad en esta construcción, reivindicada en el texto. En coherencia con ello, el artículo sostiene que la negación del programa kantiano de universalización de la libertad no surge de sus contradicciones internas, que las tiene, sino de un movimiento de refutación tanto en el terreno de la historia material como en el de la historia del pensamiento, y que, en el ámbito penal, se caracteriza como una lucha contra el Derecho penal liberal. De otro lado, el texto profundiza en el asalto a la razón y la confrontación entre la facticidad y la validez. Centrado en el pensamiento filosófico y jurídico que puede rastrearse en la crítica del paradigma kantiano —de Heidegger a Welzel, pasando por ciertas variantes de la hermenéutica— que, de diversas formas, transmutan la facticidad en normatividad y en las que el llamado Derecho penal del enemigo se erige como un eslabón más en el embate autoritario contra el Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE

Kant, libertad política, pena, delito, ilustración, concepciones contrailustradas, Derecho penal del enemigo

ABSTRACT

This article reflects on the validity of reason and freedom in Kantian thought —meaningfully political freedom—, along with a critical approach on certain aspects of the evolving conceptual system, what is surrounded by the contradiction between the Kantian conception of the crime and the punishment. However, the text warns that this contradiction is not the reason of the decline of the Kantian ideas of the law and the crime endorsed by the role given to the freedom in this construction. It demands that conception otherwise. In line with this, the article holds that denying the Kantian program for universal freedom does not arise from their internal contradictions, but on the part of a movement of contesting it such as within the dimension of material history, such as the history of human thinking. Regarding criminal law, struggling against the liberal criminal law. Besides this, the text examines the attack against the reason and its confrontation between factuality and validity. Focused on the philosophical and legal reasoning, traceable with the critical to the Kantian paradigm from Heidegger to Welzel along with different variants of hermeneutics, which transform the factuality in normativity in different ways. At the same time the idea of the so-called «Criminal law for the enemy» becomes another link within the authoritarian struggle against the rule of law.

KEY WORDS

Kant, political freedom, punishment, offence, enlightenment, counter-enlightened conceptions, enemy's Criminal Law.

REIVINDICACIÓN DE LA CONCEPCIÓN KANTIANA DEL DERECHO Y DEL DELITO: TRAS LA LIBERTAD

Tomás S. Vives Antón

Catedrático emérito de Derecho penal
Universitat de València

Sumario: Introducción general. Primera parte. Reivindicación de la concepción kantiana del Derecho y del delito. 1. El declive del kantismo en materia penal. 2. De la libertad trascendental a las libertades políticas fundamentales. 3. Concepto de Derecho y de delito en *La Metafísica de las costumbres*. 4. Una contradicción kantiana. 5. Una base débil: el «fenómeno» y la cosa en sí. 6. Conclusiones. Segunda parte. Facticidad y validez: relato breve del asalto a la razón. 1. La lucha de la fe contra la razón: el «ateísmo» kantiano y su «refutación». 2. La lucha de la filosofía contra la Ilustración. 2.1. Davos 1929. 2.1. Heidegger y la «nueva ontología». 3. Una «senda perdida»: de Carl Schmitt y Heidegger a Welzel. 4. Hermenéutica ontológica *vs.* Libertad. 4.1. Heidegger y la hermenéutica de la facticidad. 4.2. La hermenéutica lingüística de Gadamer. 4.3. De Welzel a Jakobs. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN GENERAL

El presente trabajo es una continuación de los temas tratados en dos anteriores: el primero, «*Nullum crimen sine lege*. Comisión por omisión y dogmática penal y modernidad y posmodernidad en la doctrina penal», fue publicado y comentado en el libro *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal* (2017); el segundo es el texto de una ponencia presentada en Curitiba (Brasil, 2017) que se publicó en el volumen *A linguagem do direito penal* (2018).

Se trata, especialmente, de una nueva versión, más concreta y a la vez más general, del segundo de los trabajos citados. De hecho, en algunos de los pasajes de este texto se reproduce literalmente su contenido: eso significa que sigo asumiendo lo que entonces dije, excepción hecha, desde luego, de alguna lamentable errata; pese a ello, no se trata del mismo artículo, dado que ahora se añaden nuevas reflexiones que, a mi juicio, permiten llegar a

conclusiones distintas y más amplias. La novedad no consiste solo en sustituir la referencia a la modernidad por un análisis somero del pensamiento kantiano, sino también en poner en tela de juicio el sistema de conceptos en el que Kant envolvió la esencia de su pensamiento. Podemos resumir el pensamiento de Kant diciendo que se trata de una reflexión sobre la libertad que, aunque mantiene su vigencia, está construida con un aparato conceptual en gran medida caduco. El impacto histórico de su pensamiento puede dividirse en dos etapas: una primera, en la que los componentes del mismo (libertad y sistema conceptual) se mantienen casi en sus propios términos; y una segunda, en la que, para muchos autores, prima el sistema conceptual sobre la libertad. Eso es lo que pretendo mostrar aquí, concluyendo del modo que el texto propone. Aunque la idea que Horkheimer y Adorno expresaron en su *Dialéctica del iluminismo* —tesis de acuerdo con la cual la Ilustración se convierte en su contrario por razones internas— es actualmente sostenida por muchos autores, lo cierto es que, como ha puesto de manifiesto Habermas en los primeros pasajes de su obra *El discurso filosófico de la modernidad*, aquella idea se basa en una confusión entre el curso real de la historia y el programa político ilustrado. Un examen aun superficial de los hechos pone de manifiesto que la Ilustración en general, y Kant en particular, declinaron no a causa de las debilidades o incongruencias de su pensamiento (pese a que las hubo), sino como consecuencia de la durísima oposición de que fueron objeto desde los numerosos intereses contrailustrados. Lo veremos someramente.

PRIMERA PARTE. REIVINDICACIÓN DE LA CONCEPCIÓN KANTIANA DEL DERECHO Y DEL DELITO

1. EL DECLIVE DEL KANTISMO EN MATERIA PENAL

En el ámbito de la doctrina actual del Derecho penal, la importancia de Kant parece, en principio, escasa. Eso se debe a algunas ideas que al respecto sostiene en *La metafísica de las costumbres*. Las más importantes son las que hacen referencia a la legitimidad de la pena de muerte o a la necesidad de que, aunque un Estado llegara a disolverse, castigase antes al último asesino «para que la sangre no cayera sobre el pueblo».

A la luz del pensamiento actual, ambas ideas son objeto de un rechazo mayoritario; al menos, en el mundo occidental.

Manuel Jiménez ha señalado que considerar legítima la pena de muerte entra en contradicción con otras ideas de Kant y, más aun, es incongruente con el núcleo duro de su pensamiento. En efecto, la dignidad de la persona, que Kant liga a su libertad, no parece poder compaginarse con la legitimidad de privarle de la vida: quien es esencialmente sujeto pasa, en el caso de la pena de muerte, a ser tratado como un simple objeto.

Pero aún tiene una importancia mayor la declaración de que la pena ha de imponerse incluso en el caso de disolución del Estado. Así, la imposición de la pena se presenta como una exigencia de justicia jurídica, cosa que concuerda difícilmente con la idea de que el Derecho ha de limitarse a garantizar un orden de convivencia externo. En consecuencia, la

finalidad de la pena no puede ser la de realizar ninguna clase de justicia absoluta: la justicia jurídica ha de limitarse a la preservación del orden externo de las libertades y no debe ir más allá.

Si la pena hubiese de realizar la justicia, tendrían que imponerse muchas privaciones de libertad o de derechos que, desde la perspectiva de la salvaguarda del orden externo, carecerían de utilidad alguna. Así, se reduciría considerablemente la libertad, cuya maximización, como luego se intentará mostrar, constituye la esencia del Derecho moderno, de los sistemas constitucionales y del propio pensamiento kantiano.

Como muestra del descrédito que, en los últimos tiempos, acompaña a la filosofía kantiana en el ámbito penal, baste citar un pasaje del artículo de Ulrich Klug titulado «Sobre la Reforma penal en Alemania. Despedida de Kant y Hegel».

En esencia, las razones que justifican esa «despedida» son, según Klug, las siguientes:

«En su teoría penal, el claro espíritu de Kant parece estar ensombrecido por visiones depresivas. Ya las primeras frases que expresan su pensamiento con respecto al sentido de la pena, y que se encuentran en *La metafísica de las costumbres*, publicada en 1797, constituyen un prelude desesperanzado, resignado y condicionado por el espíritu de la época: “El Derecho penal es el Derecho del que detenta el poder, en contra de los a él sometidos, para imponerles un mal como consecuencia del crimen cometido. El soberano en un Estado no puede ser castigado; solo puede quitársele el poder”. Según Kant, la pena no puede nunca ser utilizada “simplemente como un medio para promover algún otro bien”, sea para el propio delincuente, sea para la sociedad. Más bien, en todo caso, “le puede ser impuesta nuevamente cuando haya cometido otro delito”. Pues el hombre no puede nunca ser tratado como un medio para los fines de otro. Cuando se impone una pena, no puede nunca pensarse si con ella ha de obtenerse alguna ventaja para el condenado o para alguno de sus conciudadanos. “El Código Penal es un imperativo categórico y pobre de aquel que pretenda atravesar rastreramente las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para descubrir algo que, a través de la ventaja que promete, logre la exención de la pena o la disminución de aquella”. Si esto no se respeta, se viola la justicia y “si la justicia sucumbe, entonces carece de todo valor la vida del hombre sobre la tierra”»¹.

Esta tesis fue objetada inmediatamente por Nino, que en su artículo «Sobre lo que nos espera cuando despedamos a Kant y Hegel» asocia diversas calamidades a la «despedida» de Kant y Hegel². El núcleo de la argumentación de Nino radica en que, si la idea de justicia se disocia de la imposición de la pena, entonces el único fundamento posible de esa imposición habría de ser la utilidad; en tal caso, la pena se impondría para obtener determinados fines, utilizando así la persona como instrumento y violando, en consecuencia, la interdicción kantiana.

Esa objeción puede rechazarse desde el momento en que, aunque su finalidad no sea la realización de la justicia, la pena puede y debe ser justa. Y, como señalara Hegel, el hecho de que dentro de la justicia puedan perseguirse determinados fines socialmente deseables no comporta tratar a las personas como simples medios.

Sin embargo, Nino apunta que, aunque el concepto de pena exija que el castigo que supone se imponga por la previa comisión de un delito, el problema puede surgir si el legislador penal llega a considerar delito conductas irrelevantes. En ese punto se inserta mi tesis,

que consiste en afirmar que la despedida de Kant y Hegel en lo que se refiere a la teoría de la pena es totalmente procedente, pero que la concepción kantiana del delito, en la medida en que ofrece criterios para determinar lo que puede y debe ser delito y lo que no, resulta hoy tan imprescindible como lo fue en otros tiempos.

Dicho esto, paso a exponer los argumentos que avalan mi tesis. Llevaré a cabo esta exposición intentando determinar el papel que corresponde a la libertad en la filosofía kantiana para, una vez determinada la concepción del Derecho y del delito que Kant expone en *La metafísica de las costumbres*, defender su carácter esencial y su validez para precisar qué conductas pueden considerarse delictivas y cuáles no.

Finalmente, intentaré dar respuesta a las objeciones más importantes planteadas contra la concepción kantiana y, después, trataré de razonar la incompatibilidad entre esa concepción del delito y la concepción de la pena sustentada por el propio Kant.

2. DE LA LIBERTAD TRASCENDENTAL A LAS LIBERTADES POLÍTICAS FUNDAMENTALES

Independientemente de sus concretas formulaciones, las reflexiones de Kant sobre lo que llama *libertad trascendental* discurren en torno a la idea de que, si la razón (o las razones) puede dirigir la acción, ha de presuponerse la libertad, es decir, la posibilidad de elegir la opción que parezca más aconsejable, con independencia de cualquier clase de proceso natural subyacente. Dicho esto, se comprende que renuncie a cualquier clase de justificación de la libertad trascendental: la razón, que no podría existir sin libertad, no puede justificar la existencia de la libertad que la hace posible: solo puede presuponerla. Dicho de otro modo: no puede haber ninguna clase de justificación de la existencia de la razón misma porque no se puede justificar lo que da sentido a la idea misma de justificación.

Sin embargo, al tratar de la razón pura práctica (es decir, de una hipotética razón pura *a priori*, independiente de toda experiencia), de la razón que determina lo que es y no es correcto hacer, Kant afirma que, a tal efecto, un ser que se cree libre ha de llegar a las mismas conclusiones, sea realmente libre o no. De ese modo, para determinar lo correcto jurídica o moralmente, que exige como fundamento la libertad, resulta finalmente indiferente que la haya o no. Esa argumentación, que invalida el presupuesto del que parte, no puede ser correcta.

Una segunda dificultad se halla representada por la idea misma de razón pura práctica: pensar que lo que es correcto en cualesquiera circunstancias puede determinarse *a priori*, supone creer (y así parece hacerlo Kant) que orientarse en el ámbito del Derecho o en el de la moralidad es semejante a orientarse en el espacio físico según la izquierda o la derecha. O, en otros términos, que el género humano lleva inscrito en su espíritu un sistema de orientación tan simple como lo lleva en el cuerpo, constituido por los brazos izquierdo y derecho. Sin embargo, cualquier aproximación al tema de la orientación según lo correcto

sitúa ante una casuística dependiente de mil circunstancias y antisistemas de reglas complejos e imperfectos: por eso resulta tan fácil desorientar jurídica o moralmente a mayorías o minorías muy importantes de las sociedades históricas.

Kant convierte en apriorística la configuración espiritual dominante en la Alemania de su tiempo (de ello hay ejemplos muy claros que el transcurso de los años ha puesto en evidencia) que invalidan claramente el carácter *a priori* y algunas de sus reflexiones y que, a la vez, ponen en tela de juicio la idea misma de una razón pura práctica.

Kant diferencia también una razón teórica —que surge con independencia de la libertad y de la moralidad porque sus conceptos se hayan referidos a un objeto que sirve de control a las diversas tomas de posición— y una razón jurídica y moral —cuyos conceptos, que no se hayan referidos a ningún objeto externo, carecen de otro control que no sea el consenso argumentado de los participantes; pero esta idea, expuesta *expressis verbis* por Kant, queda contradicha en la misma *Crítica de la razón pura*, concretamente en «La doctrina transcendental del método» (Capítulo I, Sección segunda), donde, al tratar de la disciplina de la razón pura con respecto a su uso polémico, afirma lo siguiente:

«La razón pura tiene que someterse a la crítica de todas sus empresas. No puede oponerse a la libertad de esa crítica sin perjudicarse y sin despertar una sospecha que le es desfavorable. Nada hay tan importante, desde el punto de vista de su utilidad, nada tan sagrado, que pueda eximirse de esta investigación comprobadora y de inspección, de una investigación que no reconoce prestigios personales. Sobre tal libertad se basa la misma existencia de la razón, la cual carece de autoridad dictatorial. Su dictado nunca es sino el consenso de ciudadanos libres, cada uno de los cuales tiene que poder expresar sin temor sus objeciones e incluso su veto»³.

Importa destacar que, en ese párrafo, Kant conecta la existencia misma de la razón (no la hipotética razón pura práctica, sino la existencia de toda razón teórica o práctica) a una sociedad regida por lo que hoy entenderíamos por un conjunto de libertades constitucionales básicas. La razón no podría existir no ya solo sin la libertad transcendental, sino también sin sus posibles concreciones constitucionales mínimas.

De modo que la libertad política efectiva es condición de la existencia de la razón, no solo *Schlustein* (clave de bóveda) sino también *Grundstein* (fundamento). La libertad política en el sistema kantiano no es solo la coronación del edificio de la razón, sino también la base de ese edificio.

Esta es la parte esencial del sistema tratado en *La metafísica de las costumbres* que, sin embargo, como veremos más adelante, aparece contradicho en el propio texto.

Es necesario resaltar que, en el párrafo transcrito, sin ninguna explicación concreta, Kant dice que, sin libertad de debate, es decir, sin libertades políticas, peligra la existencia misma de la razón. Esa afirmación tiene un parentesco evidente con las afirmaciones de Wittgenstein acerca de la imposibilidad del lenguaje privado⁴.

El argumento principal de Wittgenstein es que el lenguaje implica seguimiento de reglas y que una persona sola nunca podría saber si sigue las reglas o si solo cree seguir las. Ayer⁵ ha discutido esa argumentación de Wittgenstein; pero no niega la extrema dificultad de que una persona sola llegue a tener un auténtico lenguaje y, además, resulta obvio que

sus argumentos son puramente especulativos: no pone sobre el tapete ningún caso real de persona que, en solitario, haya formulado un lenguaje. Por ambas razones, podemos prescindir aquí de sus tesis.

Creo que, si la argumentación de Wittgenstein, con algunas matizaciones, es sostenible y si, en general, no puede haber un lenguaje privado, menos todavía puede hablarse de una razón solitaria. De modo que, si la razón presupone la libertad trascendental, para poder desarrollarse precisa también de un grado suficiente de libertad política. Por eso, un sistema jurídico que otorgue a las libertades democráticas el ámbito más amplio posible puede presentarse como el único que representa un desarrollo pleno de la razón.

Si ello es así, algunos aspectos del edificio sistemático kantiano han de ser reformulados.

En primer lugar, debe reconocerse el papel esencial que corresponde a la libertad. En el sistema que Kant propone, la libertad es la *conditio sine qua non* del edificio de la razón, es decir, la esencia y la culminación de ese edificio. Sin embargo, la entiende como esencia de la razón práctica, mientras que expresamente afirma que la razón teórica puede correr su camino con independencia de la libertad. Y lo hace así porque presupone que, tras el cuerpo físico del hombre, sometido a las múltiples vicisitudes históricas, hay una sustancia inmaterial —el alma— a la que se atribuye la libertad. Aun cuando esa sustancia espiritual existiese, nada podría *saberse* de ella y, por lo tanto, no podríamos entenderla como el lugar de la libertad teórica, que permita afirmar su existencia *a priori*, con independencia de toda experiencia, pues un algo del que nada podemos saber no puede servirnos para nada (Wittgenstein). Ese hecho es incompatible con la afirmación de que exista una libertad teórica independiente de la práctica que permita hablar de una razón teórica también independiente. Si así fuera, Kant no podría afirmar, como lo hace con toda corrección, que sin libertad política la razón corre peligro, pues algo que se hallase alojado en el interior invisible e inmutable del alma humana no correría peligro alguno por la falta de libertad externa. Lo cierto es que el sentido y la libertad habitan en la vida social, pues surgen de la comunicación con los otros y en ella se desarrolla. El mundo, se nos manifiesta tal como es, no cuando nos limitamos a contemplarlo, sino cuando actuamos cooperativamente sobre él. De modo que no hay una razón teórica independiente de la práctica. Ambas, razón teórica y razón práctica, no son sino una y la misma razón. Cuando Wittgenstein dice que «[...] el lenguaje es un refinamiento» y que «[...] en el principio era la acción»⁶, señala algo que, con mayor razón, puede aplicarse al pensamiento racional: el pensamiento racional es un refinamiento, en el principio está la acción.

Quien ha afirmado, como hace Kant, que un ser que se piensa como agente no puede hacerlo sino bajo la idea de libertad ha ligado esa idea a la acción: la acción, lo que hacemos, se diferencia de los hechos, de lo que simplemente nos ocurre, porque conlleva, en mayor o menor medida, la libertad de no hacer o de obrar de otro modo. Y, si eso es así, no puede aceptarse su afirmación de que el imperativo categórico (el deber moral) es la *ratio cognoscendi* de la libertad porque la idea de libertad acompaña a la acción desde el principio, es decir, desde mucho antes de que los seres humanos se aperciban de la existencia de deberes morales.

Estas y otras críticas que pueden formularse al sistema kantiano no pretenden decir ni lo que Kant realmente pensaba ni lo que debiera haber pensado en los tiempos en que vivió. Las palabras de Kant se insertan, a veces muy a pesar suyo, en un contexto histórico-político que determina como posibles y deseables fines que luego parecen inadecuados, y en el caso de Kant, esos fines resultan, a veces, impuestos coactivamente. Esas circunstancias deben ser tenidas en cuenta al interpretarlo; pero aquí me limito a exponer el sentido o sinsentido objetivo que tienen hoy.

3. CONCEPTO DE DERECHO Y DE DELITO EN LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES

En *La metafísica de las costumbres*, en concordancia con la importancia que es necesario atribuir a la libertad en su modo de concebir al hombre, Kant define el sistema jurídico legítimo como uno que garantiza la coexistencia de los arbitrios según una ley general (formal) de libertad. Así, al hablar del principio universal del Derecho afirma que «[...] una acción es conforme a Derecho (*Recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal»⁷.

De acuerdo con esa definición y ese principio universal, en la segunda edición de la misma obra suministrará el concepto de lesión para responder a la pregunta de Göttingen. Ese concepto se expresa del siguiente modo: «La definición nominal [...] sería la siguiente: lo mío exterior es aquello fuera de mí, cuyo uso discrecional no puede impedírseme sin lesionarme (sin perjudicar a mi libertad, que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal)»⁸.

Cabe afirmar, resumidamente, que el programa kantiano puede consistir en una progresiva universalización de las libertades políticas bajo un sistema de gobierno al menos materialmente republicano (esto es, como precisa en *El conflicto de las facultades*⁹, un gobierno en el que el pueblo también legisla) que vaya acomodándose a la idea de un reino de los fines, es decir, a un sistema mundial en el que cada uno sea tratado siempre como sujeto y no como objeto o, dicho de otro modo, como un fin y no simplemente como medio. Ese ideal solo llegaría a alcanzarse si, tras ir emprendiendo relaciones amistosas con los demás pueblos, se lograra que el mundo entero fuera regido por lo que, al disertar sobre la paz perpetua, Kant denomina «una constitución cosmopolita».

Definido así, por referencia al pensamiento de Kant —el paradigma ilustrado—, procede examinar si el desarrollo de ese programa ha resultado ser autodestructivo. Y lo primero que cabe afirmar es que ese programa apenas ha llegado a materializarse, pese a que su desarrollo no era ni es imposible. Ciertamente, se ha argüido esa imposibilidad sobre la base de la evolución necesaria e inexorable del sistema capitalista; pero hoy sabemos que no hay tal inexorabilidad económica, sino que las dificultades de desarrollo del programa ilustrado son y han sido políticas.

El programa de la universalización de la libertad no se ha autodestruido, sino que ha sido derrotado históricamente por sus muchos y muy poderosos enemigos tanto en el campo de la historia material como en el de la historia del pensamiento; y esa historia de derrotas continúa todavía hoy, pero eso no quiere decir que hayamos de resignarnos a aceptarla.

4. UNA CONTRADICCIÓN KANTIANA

He avanzado que entre la concepción kantiana del delito y la de la pena hay una contradicción. Para desarrollar esa idea, quiero comentar sucintamente un fragmento de *La metafísica de las costumbres*:

«La mera idea de una constitución civil entre los hombres conlleva ya el concepto de una justicia penal, que incumbe al poder supremo. Se trata únicamente de saber si el tipo de penas es indiferente al legislador, siempre que sirvan como medio para extirpar el crimen (en cuanto violación de la seguridad del Estado en la posesión de lo suyo de cada uno), o si también se ha de tener en cuenta el respeto a la humanidad en la persona del malhechor (es decir, el respeto a la especie), y ciertamente por meras razones jurídicas, teniendo en cuenta que considero al *ius talionis*, por su forma, como la única idea determinante *a priori*, como principio del Derecho penal (no extrayéndola de la experiencia de cuáles serían los medios más eficaces para este propósito)*. —Pero ¿qué hacer con los castigos por delitos que no permiten réplica alguna, porque o bien tales castigos son imposibles en sí mismos o incluso constituyen un crimen punible contra la humanidad en general, como por ejemplo, el de la violación, igual que el de la pederastia o la bestialidad? Los dos primeros deberían castigarse con la castración (como la de los eunucos blancos o los negros en el serrallo), el último, con la expulsión para siempre de la sociedad civil, porque el delincuente se ha hecho a sí mismo indigno de la sociedad humana. —*Per quod quis peccat, per idem punitur et idem*—. Los mencionados delitos se llaman contranaturales porque se cometen contra la humanidad misma. —Imponer arbitrariamente castigos por estos delitos es contrario literalmente al concepto de una justicia penal. Ahora bien, el delincuente no puede quejarse de que se comete con él una injusticia cuando atrae sobre sí mismo su mala acción y le sucede lo que ha hecho a otros, no según la letra, pero sí según el espíritu de la ley penal».

*A lo que añade en nota:

«En todo castigo hay algo humillante para la honra del acusado (con derecho), porque implica una coerción únicamente unilateral y, por tanto, la dignidad de ciudadano como tal queda en él suspendida, al menos en un caso especial, ya que se encuentra sometido a un deber externo, al que, por su parte, no puede oponer resistencia alguna. El hombre distinguido y rico, obligado a pagar, siente más la humillación de tener que doblegarse a la voluntad de un hombre inferior que la pérdida de dinero. La justicia penal (*iustitia punitiva*), dado que el argumento de la penalidad es moral (*quia peccatum est*), ha de distinguirse aquí de la prudencia penal, ya que esta es solamente pragmática (*ne peccetur*) y se funda en la experiencia de lo que resulta más eficaz para prevenir el crimen; la primera, por tanto, ocupa en la tópica de los conceptos jurídicos un lugar completamente distinto: *locus iusti*, no el de lo *coducibilis* o lo ventajoso para cierto propósito ni tampoco el lugar de lo meramente honesto, que ha de buscarse en la ética»¹⁰.

Ese texto pone de manifiesto la congruencia y la incongruencia de Kant. La congruencia porque ha partido, en su obra, de la posibilidad de establecer *a priori* una serie de

principios del Derecho, cosa que logra, al definir el Derecho desde los postulados de la Modernidad; pero esa pretensión le obliga a operar del mismo modo con la pena. En consecuencia, elige definirla conforme al *ius talionis*, algo que resulta incongruente con los principios que determinaron su definición del Derecho.

El apriorismo kantiano no resulta hoy aceptable¹¹. La definición *a priori* del Derecho y del delito responde a las ideas de la Modernidad, que no son *a priori* sino fruto de un desarrollo histórico. Por lo tanto, tampoco precisa ser apriorística la determinación de la pena —que, por otra parte, no puede serlo—. La idea del talión (ojo por ojo, diente por diente) es absurda, en la medida en que, como señalara Hegel, es inaplicable cuando el delincuente es ciego o desdentado; pero también lo es cuando, según la indicación del propio Hegel, se habla de una igualdad según el valor porque se está ante valores inconmensurables.

A la vista del párrafo transcrito, no puede afirmarse que Kant no fuera consciente de esas objeciones: su propio texto muestra que la afectación indebida de la dignidad del delincuente le resulta indeseable. La pregunta de si el legislador ha de tener en cuenta la afectación de la dignidad del delincuente solo puede tener una respuesta, dado que, en sus aspectos esenciales, esa dignidad ha de ser respetada porque el delincuente es un ciudadano más.

Me parece muy difícil aceptar que Kant no fuera consciente de esa contradicción entre su concepción de un Derecho igual para todos y una teoría de la pena, la talionar, que, en multitud de casos, trata al delincuente como un objeto sin que de ello se siga, ni para él ni para los otros, ninguna clase de utilidad.

Por ese tipo de razones, un neokantiano como Max E. Mayer ha hablado de una posible contraposición entre justicia y Derecho y justicia y libertad¹².

Pero el hecho de que haya una contradicción en el seno del sistema kantiano no comporta el declive del kantismo. Desde Adorno y Horkheimer¹³ se habla de un proceso interno en virtud del cual la Ilustración se convierte en su contrario; mas no es eso lo que cabe decir en el caso del pensamiento ilustrado de Kant. La negación del kantismo no surge de sus propias contradicciones, sino que existe todo un movimiento de refutación que, en el ámbito penal, puede caracterizarse como una lucha contra el Derecho penal liberal todavía más intensa que la que Klaus Marxen expone en su conocida obra¹⁴.

5. UNA BASE DÉBIL: EL «FENÓMENO» Y LA COSA EN SÍ

En el sistema kantiano, la realidad que percibimos se halla determinada por nuestra percepción: es meramente una realidad fenoménica configurada por nuestra subjetividad; pero Kant precisa que quedarse encerrado en la subjetividad constituiría un «escándalo filosófico». Para evitar ese escándalo, admite que, tras los fenómenos, existen lo que llama «cosas en sí».

Expresado en términos lingüísticos, ese pensamiento muestra su inviabilidad, pues las cosas en sí serían independientes de cualquier descripción y, en consecuencia, el

mundo real no existiría, un mundo real no meramente fenoménico, pero totalmente indescriptible.

Por eso, el sistema kantiano presenta un déficit de objetividad que dio lugar a que algunos neokantianos, por ejemplo Von Kirchmann, optaran por el realismo metafísico sin renunciar al resto del pensamiento de Kant¹⁵.

Ese déficit explica, al menos en parte, el renacimiento de la ontología, al que luego se hará referencia, pero no el papel que Esta ha desempeñado, como más adelante analizaremos.

6. CONCLUSIONES

A tenor de lo dicho, la primera conclusión es el carácter absolutamente esencial de la libertad política en el sistema kantiano.

La segunda, la insostenibilidad de sus contradicciones y deficiencias, dado que, a las debilidades sistemáticas que se han puesto de manifiesto, se añade otra: el apriorismo, que es muy difícil de defender. Esa dificultad radica, en primer término, en la imposibilidad de extender la idea de *a priori* más allá de los supuestos, poco significativos, de absoluta identidad¹⁶, pero aún resulta más clara cuando, en el propio texto de Kant, se comprueba que muchas argumentaciones supuestamente *a priori*, es decir, independientes de la experiencia, solo pueden entenderse atendiendo a la concreta realidad del tiempo en que se elaboraron: basta, como ejemplo, citar las reflexiones acerca del duelo o del infanticidio para ocultar «la deshonra de la madre».

Y la tercera conclusión, que solo puede ser aquí enunciada, es que el declive del kantismo —y, en general, el declive de la Ilustración— no se debe a razones internas, sino al ataque denodado de que fue objeto por parte de sus muchos enemigos. La demostración de este último aserto precisa una segunda parte dedicada a verificarlo tanto en términos generales como en lo que se refiere a la doctrina penal.

SEGUNDA PARTE. FACTICIDAD Y VALIDEZ: RELATO BREVE DEL ASALTO A LA RAZÓN

1. LA LUCHA DE LA FE CONTRA LA RAZÓN: EL «ATEÍSMO» KANTIANO Y SU «REFUTACIÓN»

No trataré de defender que Kant fuese personalmente ateo, aunque, ciertamente, provocó la indignación de su biógrafo Borowski al no contestar a la pregunta de si creía o no en Dios, y al no asistir a las ceremonias religiosas. Más allá de la discusión en torno a su mayor o menor spinozismo, lo que interesa poner de manifiesto es la irrelevancia de Dios tanto en lo que respecta al saber como en lo tocante a la moralidad.

En efecto, al analizar el conflicto de las Facultades y, en concreto, el de la Facultad de Teología con las de Filosofía y Derecho, cita como ejemplo el mandato divino a Abraham de que matase a su hijo Isaac. Kant dice que de ninguna manera podía prevalecer la voz que oyó Abraham, que no podía tenerse por divina, dado que de Dios no podemos saber nada, frente al claro principio ético de que no se puede matar a otro.

En otros ámbitos, la consideración del terremoto de Lisboa como un fenómeno puramente geográfico y no expresión de ninguna clase de castigo divino procede del mismo pensamiento: el Derecho y la moralidad ordenan lo que debe hacerse, y la naturaleza física explica lo que pasa. La idea de Dios queda, pues, sin contenido. Para expresarlo con las palabras de Wittgenstein, aun admitiendo que Kant creyese en Dios, «un algo de lo que nada podemos saber», como se ha dicho ya respecto a alma, tiene para nosotros la misma utilidad que la nada.

La refutación de esta posición kantiana por parte de la Iglesia católica fue contundente: no solo podemos saber de la existencia y cualidades de Dios por inferencias y deducciones, sino que hay una persona, el papa, que tiene de él noticia directa y que es, al respecto, infalible. Es una respuesta difícil de aceptar, aunque mucha gente la crea.

2. LA LUCHA DE LA FILOSOFÍA CONTRA LA ILUSTRACIÓN

2.1. DAVOS 1929

En adelante, por obvias razones de autolimitación, me referiré exclusivamente al ámbito de la historia del pensamiento y lo haré únicamente en la medida en que esa historia haya podido modelar la doctrina penal.

Empezaré afirmando que, *prima facie*, el eclipse del programa ilustrado en los términos que aquí se plantean puede identificarse con el eclipse del kantismo. Recientemente he intentado hacer visible esa idea reivindicando la figura de Von Kirchmann, jurista y filósofo de estirpe kantiana cuya vida política acabó con la desaparición del liberalismo en Alemania (hacia 1870). Pues bien, algo parecido le sucedió, algunos años más tarde, al kantismo. Antes de la Primera Guerra Mundial, el ambiente intelectual de los jóvenes estudiantes, tal y como lo describe Löwith en *Mi vida en Alemania antes y después de 1933. Un testimonio*, era el siguiente:

«Cuando a los dieciocho años, durante nuestra estancia estival en el lago Starnberg, me sorprendió la guerra, yo era un estudiante de la penúltima clase de la escuela superior de Munich. En octubre de 1914 me alisté voluntariamente en el ejército. Apenas tres meses después me había formado en infantería y poco antes de Navidad llegué con un batallón de reemplazo al frente francés, donde nos atrincheramos cerca de Péronne. El deseo de emanciparme de la estrechez burguesa de la escuela y el hogar, una discordia interior conmigo mismo tras la ruptura de mi primera amistad, el atractivo de la “vida peligrosa”, por la cual Nietzsche nos había contagiado su entusiasmo, las ganas de lanzarse a la aventura para probarse a uno mismo y, no en última instancia, el desahogo del propio ser a través de una toma de consciencia, gracias a Schopenhauer, de

participar en un proyecto colectivo; tales o parecidos motivos me empujaron a celebrar la guerra como una oportunidad de la vida y la muerte» (p. 8).

Tras la derrota de Alemania y Austria en la Primera Guerra Mundial, y la desilusión que comportó, la penuria material y moral que la acompañó fue tal que Stefan Zweig la califica y caracteriza *En el mundo de ayer* como un «tiempo feroz, anárquico e incierto», «[...] aquellos años en que, con el valor menguante del dinero, empezaron a desmoronarse también todos los demás valores». Y continua así:

«Una época de éxtasis entusiasta y de engaño ilimitado, una mezcla sin igual de impaciencia y fanatismo. Todo lo que era extravagante y rehuía la fiscalización, vivía momentos de auge: teosofía, ocultismo, espiritismo, sonambulismo, antroposofía, quiromancia, grafología, los dogmas hindúes del *yoga* y el misticismo paracelsista. Había demanda ávida de todo lo que prometía extremas tensiones, más allá de las conocidas hasta entonces, de todas las formas de estupefacientes, morfina, cocaína y heroína; en las obras de teatro, el incesto y el parricidio, y en la política, el comunismo o el fascismo constituían la única temática deseada, quedando terminantemente proscrita cualquier forma de normalidad y mesura».

Después de esos años, que inauguran una nueva época, el principio del fin de la influencia del paradigma kantiano podría situarse en el congreso de filosofía celebrado en la ciudad Suiza de Davos en 1929, en el que tuvo lugar un debate entre Ernst Cassirer y Martin Heidegger, que Safranski equipara a la disputa de Settembrini y Nafta en *La montaña mágica*, de Thomas Mann.

Cassirer intervino negando, en términos estrictamente kantianos, la posibilidad de la metafísica como ciencia, es decir, como especulación racional. Como he relatado en mi artículo «*Nullum crimen sine lege*: Comisión por omisión y dogmática penal», a esa intervención respondió Heidegger, al parecer en un tono agresivo, oponiendo su modo de entender el legado de Kant, que había expuesto poco antes en un libro de 1928 (*Kant y el problema de la metafísica*). El auditorio, que estaba compuesto principalmente por jóvenes filósofos, algunos de los cuales llegaron posteriormente a alcanzar una gran notoriedad, se dividió entre los partidarios de uno y de otro.

2.2. HEIDEGGER Y «LA NUEVA ONTOLOGÍA»

La interpretación de Heidegger era *ostensiblemente* una manipulación de Kant. Pero, además, muchas de sus proposiciones filosóficas fueron criticadas como totalmente carentes de significado. En efecto: poco después, uno de los componentes de ese auditorio, el ya no tan joven Rudolf Carnap escribió un muy conocido artículo, titulado «La supresión de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje», en el que, bajo el epígrafe «Pseudo-proposiciones metafísicas», incluyó varias frases de Heidegger para hacer patente su falta de sentido, y de ahí inducía la carencia de sentido de toda metafísica. Para demostrar la ausencia de sentido de oraciones como «la nada nada» no hace falta un canon tan exigente como el que postula Carnap, ni siquiera el muy modesto canon del sentido común, sino que basta el del más elemental sentido del ridículo.

Quizás ese artículo contribuyera a perfilar la actitud de Heidegger ante la filosofía analítica: el análisis del lenguaje, que comportaba una depuración semántica, pero también ética y política, como pone de manifiesto el camino que conduce de Karl Kraus a Wittgenstein, no convenía a su posterior desarrollo ontológico.

En efecto, el análisis del lenguaje comienza como una lucha contra su manipulación, esa manipulación que, según Faye, precede al totalitarismo y que, tal y como gráficamente escribió Hannah Arendt, en el ámbito del Derecho transforma el lenguaje de las leyes del lenguaje de la libertad al lenguaje del poder.

Basta leer el capítulo VI de la obra de Klemperer¹ *La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, titulado «Las tres primeras palabras nazis», para comprender el cáncer de esa manipulación que, por desgracia, no ha acabado del todo, como posteriormente se mostrará.

La ontología de Heidegger, que sustituye el ente por el sentido, constituye una manipulación mucho más refinada, pero también más completa: hace que lo que es determine lo que debe hacerse. Así, el primer mandamiento de un alemán ha de consistir en ser alemán y, por lo tanto, en actuar como alemán. La ontología se convierte en hermenéutica, es decir, en interpretación de lo que hacemos y de lo que debemos hacer. Las funestas consecuencias de ese cambio de perspectiva han sido puestas de manifiesto hasta la saciedad².

3. UNA «SENDA PERDIDA»: DE CARL SCHMITT Y HEIDEGGER A WELZEL

La influencia de Heidegger penetra en el Derecho a través de Erik Wolf y, sobre todo, de Carl Schmitt. Cualquiera que haya sido la relación entre ellos y más allá de las diferencias existentes entre el pensamiento de ambos autores, Schmitt comparte con Heidegger el decisionismo (que Löwith califica de ocasional, frente al decisionismo esencial de Heidegger), la dialéctica amigo/enemigo y la actitud inequívocamente anti-ilustrada: en su *Teología política*, Schmitt discute la legitimidad de la Ilustración, que para él no es más que una manipulación de viejos conceptos teológicos, con lo que la política no es sino un espacio aplicativo de las ideas religiosas. Esa tesis fue rebatida por Blumenberg cuya defensa de la legitimidad de la Edad Moderna puede condensarse en una cita de Aristóteles³ con la que concluye su polémica con Schmitt. En ella, el estagirita afirma que la religión es *tantum politicam inventionem*. A partir de esa premisa, más bien cabría inferir lo contrario: que la religión es un modo ilegítimo de fundamentar la política, es decir, lo contrario de lo que Schmitt postula. Heidegger combate la Ilustración con la misma radicalidad, pero en él solo cabe hablar de teología en sentido metafórico: el Dios de los católicos ha sido sustituido por el dios grotesco que durante varios años de su vida representó Hitler para él.

Por lo que respecta al Derecho penal, he señalado la persistencia del pensamiento autoritario y totalitario en la dogmática tras la derrota del nacionalsocialismo, persistencia que no implica un pensamiento filosófico ni una teoría política propia; más bien, como señala Neumann en la obra antes citada, las ideologías que usa o rechaza el pensamiento totali-

tario son simples técnicas de dominio. En consecuencia, no cabe reducir esa persistencia a la esfera de influjo del pensamiento de Heidegger, como muestran sobradamente las obras de Marxen y Muñoz Conde⁴; y no podría ser de otro modo, dado el arraigo de la tradición autoritaria en Alemania antes y después del nacionalsocialismo: ya Ernst Bloch⁵ afirmaba que en el camino que va de Feuerbach a Liszt no brilla ni una sola chispa de Prometeo; y, por lo que respecta a la realidad, en mi ya citado artículo sobre la comisión por omisión he hecho referencia al renacimiento de las ideas penales de Schaffstein.

Pero eso no puede significar que, como ha ocurrido hasta no hace mucho, se minusvalore la importancia de ese influjo, que Llobet Rodríguez ha puesto nítidamente de manifiesto, sobre todo en los capítulos sexto, séptimo y octavo de su obra *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*.

En efecto, esa influencia se manifiesta especialmente en un penalista como Welzel, cuya relevancia en Alemania y fuera de ella (especialmente en España e Iberoamérica) resulta ocioso destacar. En su obra *Naturalismus und Wertphilosophie*, tras un repaso a las distintas corrientes de la Filosofía del Derecho de su tiempo, termina con una referencia a Carl Schmitt y a su idea del pensamiento del orden concreto, en el que facticidad y validez se hallan entrelazados y, finalmente, el concreto estado de cosas existente determina lo que es legítimo hacer⁶. Ulteriormente, en la edición de 1944 de *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, persiste en su dependencia de las tesis de Schmitt. Para comprenderlo, basta leer el epígrafe dedicado al sentido y misión del Derecho penal, donde en términos schmittianos, Welzel precisa que el fin del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos concretos, sino la tutela de ciertos valores esenciales vigentes en la sociedad y, solo por inclusión, bienes jurídicos. Este pensamiento schmittiano, que aparece hasta en las últimas obras de Welzel (por cierto, sin citar a Schmitt⁷) y que, en la alternativa entre «ser y deber ser», acaba otorgando primacía al ser basándose, como ya hiciera Mezger⁸, en una captación de los valores puramente empírica, lo que bastaría para caracterizar como autoritario su pensamiento, si no para otorgarle a ese carácter su más que dudoso origen.

A partir de 1945, Welzel adopta una actitud muy frecuente en los juristas afines al régimen hitleriano: el disimulo. Ese disimulo, que niega el origen heideggeriano del núcleo filosófico de su ulterior propuesta dogmática, queda plasmado en el prólogo a *El nuevo sistema del Derecho Penal* (1960).

«El neokantianismo tardío de Bruno Bauch y Richrad Hönisgwald había destacado ya antes de la *Metaphysik der Erkenntnist* (*Metafísica del conocimiento*) de N. Hartmann “el principio supremo de todos los juicios sintéticos” de Kant, de que las “condiciones de la posibilidad de la experiencia son al mismo tiempo condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiencia”. De él se deduce que las categorías del conocimiento son también categorías del ser, es decir, que no son solo categorías gnoseológicas, sino (de modo primario) categorías ontológicas. Esto era a lo que yo me refería principalmente con la palabra “ontológico”; esta no procede de la ontología (posterior) de Hartmann y tiene aun mucho menos que ver con la ontología de la antigua metafísica (precrítica)».

Parece evidente que Welzel adopta el *giro ontológico* propuesto por Heidegger, es decir, que identifica la respuesta a la pregunta por el ser no con una indagación acerca del ente,

sino con otra acerca del sentido y que, siguiendo la línea que va de Schopenhauer a Heidegger, el sentido se adscribe a la voluntad. Ahora bien, ese giro tiene lugar de un modo descaradamente cínico. En efecto, Welzel omite poner de manifiesto su dependencia de Heidegger y, al distanciarse como él de la ontología de Hartmann, atribuye el origen de su pensamiento a la influencia de Hönisgwald, el neokantiano cuya persecución promovió Heidegger; además, realiza esa atribución recurriendo a un sofisma manifiesto, pues de la afirmación de que las condiciones de experiencia sean al mismo tiempo condiciones de posibilidad de los objetos de la experiencia, es decir, de los objetos fenoménicos, no se sigue en modo alguno que las categorías del pensamiento sean categorías del ser (en sí).

El impacto de Heidegger se aprecia, en primer lugar, en la adopción de su concepción de la ontología, que paradójicamente no trata de la acción como ente, sino del sentido de la acción (que se sitúa en la finalidad, esto es, en la voluntad), pero también en el hecho de que la fundamenta sobre una manipulación de ideas kantianas.

Difícilmente podría exagerarse la importancia de la manipulación que Welzel lleva a cabo del formalismo kantiano y su nefasta influencia sobre el pensamiento jurídico constitucional y la dogmática penal posterior. Bastará hacer referencia a su obra *Derecho natural y justicia material*^P, en la que ya desde el mismo título se contradice el carácter *formal* del imperativo kantiano («Obra de tal modo que la máxima de tú acción pueda convertirse en ley universal»), entendiendo ese formalismo como una ausencia de contenido y optando, finalmente, no ya por una ética material de los valores, al modo del primer Scheler, sino por una referencia a estructuras lógico-objetivas (de la acción o de la culpabilidad) vinculantes para el legislador.

En virtud de ese planteamiento, lo «óntico», *la facticidad*, se convierte en normativo, falacia que aún se expresa más crudamente en Jakobs, que habla de «la constitución normativa de la sociedad». Así, los hechos se convierten en un criterio material de interpretación del Derecho, de modo que las palabras de la ley dejan de ser decisivas, la garantía más básica del Derecho penal, el principio de legalidad, se esfuma y, con él, todo derecho de los ciudadanos frente al poder.

Ni que decir tiene que uno y otro omiten la obviedad de que el carácter formal de las leyes generales, a las que Kant remite la ordenación de los arbitrios no es, en absoluto, vacío, como se aprecia con meridiana claridad con solo remitirse a otras formulaciones equivalentes del imperativo kantiano (*v. gr. tratar a los hombres como sujetos y no meramente como objetos*), sino que esa ausencia de un contenido concreto, al dejar a cada uno un amplísimo margen de elección, representa, precisamente, una salvaguarda de la igual libertad de todos.

Por otra parte, de la estructura lógico-objetiva de la acción se infiere que su sentido radica en la voluntad; si ello es así, en ella ha de residir el injusto del acto, que ya no puede definirse, al modo kantiano, como lesión o puesta en peligro de la libertad ajena, sino como voluntad contraria al Derecho, enemiga del Derecho. En consecuencia, la injusticia deja de ser *objetiva* y pasa a ser *personal*, es decir, afecta al sujeto de Derecho como tal que, en Jakobs, si no ofrece un mínimo de *seguridad cognitiva* de comportarse de modo que

el sistema normativo pueda tolerar, puede perder incluso la condición de persona para el ordenamiento jurídico. Ese es el llamado *Derecho penal del enemigo*, tan criticado y tan criticable¹⁰.

Así se manifiesta un conflicto entre la «nueva» *ontología del sentido* (la llamada hermenéutica) y la *libertad*, que se aprecia claramente en el debate acerca de la legalización del aborto: en la doctrina constitucional y penal alemana, que se ha plasmado en dos sentencias del Tribunal Constitucional Federal. En ellas se atribuye al feto una *dignidad* que, en términos kantianos, no podría ostentar, pues al carecer de libertad el feto ni puede determinar sus propios fines ni, por lo tanto, ser tratado como un *fin en sí*, como una *persona* que todavía no ha llegado a ser. La cualidad *óntica* de «feto humano» no basta, en términos ilustrados, para que su vida prevalezca sobre los derechos constitucionales de libertad de la mujer.

Creo que es suficiente lo dicho para demostrar la tesis de partida: la propuesta ideológica de la Ilustración no se ha autodestruido sino que, en el ámbito de la dogmática penal, ha sido derrotada por concepciones contrailustradas; y, en la medida en que del relato que acabo de hacer, se infiere que algo semejante ha sucedido en la filosofía. Todo parece apuntar a que de mi tesis particular pudiera deducirse otra más general, no referida solo al Derecho penal, sino al conjunto de la cultura.

Ese carácter universalizable de la hegemonía del pensamiento contrailustrado podría inducir a la inferencia de que, frente al pensamiento de la libertad, se trata de otro más profundo y, en definitiva, más correcto, fruto de la potencia intelectual de grandes pensadores, cuyo paradigma es Heidegger. Por ello quisiera acabar esta parte de mi exposición mostrando que esa inferencia es totalmente inaceptable. La completa demostración de esa tesis requeriría un análisis mucho más amplio que el que aquí puedo ofrecer; sin embargo, a fin de darle una credibilidad suficiente para llamar a la reflexión a partir de la cual revisar la valoración de esas ideas contrailustradas, creo que basta el siguiente esbozo.

4. HERMENÉUTICA ONTOLÓGICA VS. LIBERTAD

4.1. HEIDEGGER Y LA HERMENÉUTICA DE LA FACTICIDAD

La primera «ontología» heideggeriana, la ontología del sentido, nace de una interpretación de Aristóteles que Gadamer, el gran discípulo de Heidegger, ha desarrollado en una dirección distinta a la de su maestro, de quien dice que carecía de suficiente preparación y no sabía bastante griego para interpretar a Aristóteles.

En cuanto a la hermenéutica de la facticidad que Heidegger desarrolla yendo más allá de la mera interpretación del lenguaje, procede de una reinterpretación de Hegel, a cuyos análisis, según ha sentenciado Kojève, añade muy poco. Cabría matizar ese juicio diciendo que añade muy poco, pero quita mucho, a saber, todo el papel que en la filosofía de Hegel juega la libertad.

En su juicio crítico sobre la influencia de Heidegger, Karl Löwith remite al juicio de un amigo más joven, según el cual «[...] en *El Ser y el Tiempo*, hay algunos análisis fenomenológicos magníficos. Pero el todo es una ontología sin ser y, por eso, sin derecho a ese nombre. ¿Por qué se acepta de él algo que difícilmente se dejaría pasar a otro? El éxito de Heidegger me recuerda al otro “maestro”, Stefan George. En ambos encuentro a menudo banalidad sobre zancos y una profundidad que roza con lo grotesco»¹¹.

Dicho esto, que me parece suficientemente expresivo, quisiera terminar con un apunte sobre su relación con Tugendhat, que, en su *Introducción a la filosofía analítica*¹², dedicada a Heidegger, cuenta que llegó a Alemania con el propósito de profundizar en el estudio de la filosofía de este como muestra de la actitud conciliadora de un joven judío procedente del exilio. Pero en esa obra, tras analizar las ambigüedades de su ontología (pp. 92-93, n. 14), concluye que Heidegger comienza donde Wittgenstein acaba (p. 103). Y acaba, innecesario es decirlo, porque a su juicio empieza la falta de sentido que precisa de una reflexión terapéutica. Pues, como ha puesto de manifiesto Karl Löwith¹³ (y, en términos análogos, Popper), la historia universal como un todo no tiene sentido alguno, por mucho que quepa hablar del significado de una época determinada. Por eso, la ontología de Heidegger, para quien el ser universal tiene una extraña predilección, primero por Alemania y después por Occidente, no es sino un modo de pensar indigente que no puede justificar como nacidas de una superioridad esencial unas diferencias puramente históricas y, por eso, contingentes. El propio Heidegger ha renunciado a calificar su hermenéutica de ontología. Ahora habla de algo bien distinto: no de ontología, sino de mitología¹⁴. Eso le reprocha Habermas en sus *Escritos políticos*: abandonar la razón y arrojarse en los brazos del mito.

4.2. LA HERMENÉUTICA LINGÜÍSTICA DE GADAMER

Aunque la repercusión filosófica de la hermenéutica de Gadamer es menor que la de Heidegger —y también lo es su influencia en el ámbito del Derecho—, parece necesario dedicar una someras reflexiones a la ontología gadameriana, en la medida en que, al hallarse referida básicamente a textos lingüísticos, puede originar confusiones con el análisis del lenguaje procedente de Wittgenstein. Esa posibilidad de confusión se acrecienta porque Gadamer remite a menudo a Wittgenstein, especialmente a su idea de que el significado nace en diversos «juegos del lenguaje», hasta el punto de que, en alguna obra (*Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie* H. J. Koch)¹⁵, se engloba la hermenéutica gadameriana en el conjunto de la filosofía analítica, lo que quizá pueda resultar permisible desde la perspectiva del método. Pero lo cierto es que Gadamer trata de diferenciarse de la tradición del pensamiento puramente analítico en virtud de una pretensión ontológica, a la que se remite una y otra vez. En las pp. 401 y 402 del vol. II de *Verdad y método*¹⁶ lo hace en los siguientes términos:

«Pero el ceñirse a lo lógico reduce el horizonte problemático a una verificabilidad formal y elimina así la apertura al mundo que se produce en nuestra experiencia del mundo interpretada lingüísticamente. Esta es una constatación hermenéutica en la que creo coincidir de algún modo con el último Wittgenstein. El revisó los prejuicios nominalistas de su *Tractatus* y recondujo todo lenguaje a los contextos de la *praxis* vital. Es cierto que el resultado de esta reducción fue para

él ampliamente negativo. Consistió en la exclusión de todas las preguntas indemostrables de la metafísica y no en la recuperación de las mismas, por muy indemostrables que sean, escuchándolas desde la constitución lingüística de nuestro ser-en-el-mundo. Para estos efectos podemos aprender de la palabra de los poetas mucho más que de Wittgesntein».

A la ontología gadameriana se han opuesto muchas objeciones. Así, *v. gr.*, cabe citar la de Habermas, para quien «[...] ya *el conocimiento implícito de las condiciones de la comunicación sistemáticamente distorsionada* que de hecho se presupone al hacer uso, en términos de hermenéutica profunda, de la competencia comunicativa *basta para poner en cuestión la autocomprensión ontológica de la hermenéutica* que Gadamer desarrolla siguiendo a Heidegger»¹⁷.

No quisiera entrar en un argumentario de objeciones y contraobjeciones. Por lo tanto, intentaré refutar la ontología gadameriana utilizando los propios textos de Gadamer.

Una expresión paradigmática de sus pretensiones ontológicas es la obra *¿Quién soy yo y quién eres tú?*¹⁸, en la que, a través de un comentario del poema «Cristal de aliento», de Paul Celan, se pretende haber logrado un entendimiento personal tan completo que constituya una respuesta al problema ontológico de quién es el poeta y quién el comentarista.

No pretendo evaluar ese comentario: para rechazar cualquier clase de conclusión ontológica, baste decir que hay muchos otros, en principio no menos atendibles, que difieren del de Gadamer, hasta el punto de que en alguno de ellos (*Estudios sobre Celan*, P. Szondi¹⁹) se comenta la poesía de Celan rechazando toda clase de ontología. Añadiré que, en una obra posterior, *Towards a Phenomenology of Ritual and Language* (1992), el propio Gadamer ha partido de la afirmación de que las circunstancias del fin son las mismas que las del comienzo y que, por lo tanto, en nuestras discusiones y discursos no hay nunca *ni la primera ni la última palabra* (p. 25), aunque podamos lograr (limitadamente) un acuerdo pacífico, eso no sucede en virtud de una esencia preexistente, sino que es algo a lo que se llega (p. 27). Esas manifestaciones son, desde luego, incompatibles con la ontología.

Por otra parte, tratar de cifrar el verdadero sentido de las palabras recurriendo a lo que la poesía expresa, que no son sino emociones y sentimientos que van más allá de lo que las palabras dicen, me parece un modo de eludir el imperio de la razón y reemplazarlo por otras instancias: el sentimiento y el deseo. Los peligros que comporta esa postura no precisan ser subrayados.

4.3. DE WELZEL A JAKOBS

Aunque en Welzel y en Jakobs la facticidad determina la validez, lo hace de distinto modo: en Welzel, a través de lo que llama «estructuras lógico-objetivas», es decir, continuando la ontología de la facticidad heideggeriana; en Jakobs, por el contrario, toma un camino más radical, prescindiendo de elucubraciones ontológicas y apelando directamente a la sociología, es decir, a los hechos y al modo de comprenderlos en la sociedad. Así, se apela a lo que la gente siente y valora, y no a las palabras de la ley, para determinar la calificación concreta de los actos. Eso comporta dar un paso más en el terreno de la facticidad,

un paso en que esta se determina no como la realidad que pueda ser, sino atendiendo a los sentimientos que provoca en los grupos sociales más influyentes.

5. CONCLUSIONES

Primera

Pese a cuanto se ha dicho, diversos autores, entre ellos Nolte y Conche, han tratado de marcar una distancia entre la filosofía de Heidegger y el nacionalsocialismo. En mi opinión, son mucho más convincentes los testimonios contrarios.

Para mostrar la implicación de la filosofía de Heidegger en el nacionalsocialismo, quiero reproducir dos breves textos de Jaspers pertenecientes a sus *Notas sobre Heidegger*¹.

El primero reza así:

«El lenguaje de los discursos nazis de Heidegger es el mismo que el de su filosofía. Pero en esta el lenguaje se halla en confrontación con la realidad. Se ofrece vacío, recordando de lejos a Hitler, tomando giros de Hitler, reproduciendo así, lingüísticamente, la consonante hipocresía».

Por eso, Jaspers caracteriza la filosofía de Heidegger en los siguientes términos:

«La filosofía de Heidegger es: proclamación pensante de una verdad absoluta, en la tradición de esa corriente de la filosofía que no ha arrojado la herencia de la teología sino que la ha cambiado de sitio.

De ahí la alta pretensión autoritaria, la forma dictatorial de la presentación.

Por eso la concentración en la metafísica y solo metafísica bajo la forma de superación de la metafísica».

En resumen, fanatismo, totalitarismo y arbitrariedad: esos son, a juicio de Jaspers, los cimientos de la filosofía de Heidegger y sus fidelidades ideológicas y lingüísticas. De modo que, pese a que aunque dejara de nombrar a Hitler, siguió anclado en un pensamiento de corte nacionalsocialista cuyas consecuencias para las democracias, si llegara a implantarse en ella, podrían resultar letales.

Un modo en el que puede producirse esa incorporación es, como han mostrado las reflexiones anteriores, su introducción a través del sistema penal.

Segunda

La esencia del embate autoritario contra el Estado de Derecho, radica en el papel que en la determinación del Derecho juega la facticidad. Los hechos pueden obligar a cambiar el Derecho; pero ese cambio tiene unos límites, que Habermas expresa al describir la concepción paradigmática del Estado de Derecho democrático.

«Esa comprensión paradigmática, al igual que el Estado de Derecho mismo, conserva un núcleo dogmático, a saber, la idea de autonomía, conforme a la cual los hombres solo pueden actuar como sujetos libres en la medida en que solo obedezcan a leyes que ellos mismos se hayan dado conforme a las convicciones a que intersubjetivamente hayan llegado»².

Nada de eso hay, sin embargo, cuando desde concepciones como las que aquí se han criticado se elabora una mitología social cuyos calificativos pasan, sin más, a integrarse de un modo u otro en el sistema jurídico. Ese es un camino que, lamentablemente, ha ido siguiendo el legislador español en los últimos tiempos y que conduce, directamente, más allá de la democracia, transformándola poco a poco en un fascismo que no se atreve a decir su nombre. Y si esto es así, tiene pleno sentido la vuelta al Kant descrito en la primera parte, es decir, al Kant que sitúa la igual libertad de todos en el centro de su sistema y hace de ella la esencia misma del Derecho.

NOTAS

Las obras citadas en la introducción se hallan publicadas en los años que se indican en el texto por la editorial Tirant lo Blanch en Valencia y Río de Janeiro.

A la primera parte corresponden las siguientes notas:

1. Klug (1975: 86).
2. Nino (1978: 121 ss.).
3. Kant (1996: 590-591).
4. Wittgenstein, (1988: par. 269 ss.).
5. *Vid.* Ayer (1986).
6. Wittgenstein (1989: 63).
7. Kant (2012: 39).
8. *Ibidem*: 60.
9. Kant (1963: 111).
10. Kant (2012: 206-207).
11. *Vid., v.gr.*, Quine (1962).
12. Mayer (1937: 178 ss.).
13. *Vid.* Adorno y Horkheimer (2009).
14. Marxen (1975).
15. *Vid.* mi trabajo.
16. Quine (1962).

A la segunda parte corresponden las siguientes notas:

1. Klemperer (2016).
2. *Vid.* Neumann (1943).
3. Blumenberg (2008).

4. *Vid.* sobre todo Marxen (1975) y Muñoz Conde (2002).
5. Bloch (2011).
6. Welzel, ([1975] 2011: 49, n. 6). En versiones anteriores de esa obra, que no me han sido accesibles, parece que, según afirman varios autores, las referencias totalitarias eran absolutamente explícitas.
7. Welzel (1970: 15).
8. En Vives Antón (1995) describí y critiqué la posición de Mezger respecto de los valores, frente a los que adopta la metodología descrita por Cassirer, respecto de la que llama «ciencia cultural», olvidando que, cuando del Derecho se trata, es impropio tomar por valores jurídicos los que una determinada cultura sienta como tales, pues como señaló Max Ernst Mayer (1937), a este, al Derecho, corresponde una función crítica frente a los valores culturales. Al prescindir de dicha función crítica, Mezger opta por el ser (*sein*) frente al deber ser (*sollen*). Esta postura tuvo tremendas consecuencias y Mezger no fue ajeno a las mismas.
9. Welzel (1957).
10. *Vid. v. gr.* Jiménez Redondo (2009).
11. En Löwith (2006).
12. Tugendhat (2003).
13. Löwith (2002).
14. *Vid.* «La superación de la metafísica», en Heidegger (1994).
15. Koch (1976).
16. Gadamer (1977 y 1992).
17. Habermas (1998a: 300).
18. Gadamer (2001).
19. Szondi (2005).

A las conclusiones corresponden las siguientes notas:

1. Jaspers (1990).
2. Habermas (1998b: 532).

BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, Theodor W. y Max HORKHEIMER (2009): *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, Madrid: Trotta.
- ARAMAYO, Roberto R. (2009): *Cassirer y su Neo-Ilustración. La Conferencia sobre Weimar y el Debate de Davos con Heidegger*, Madrid: Plaza y Valdés.
- AYER, Alfred Jules (1986): *Wittgenstein*, Barcelona: Crítica.
- BAUMAN, Zygmunt (2010): *Modernidad y holocausto*, Madrid: Sequitur.
- BLOCH, Ernst (2011): *Derecho Natural y Dignidad Humana*, Madrid: Dykinson.
- BLUMENBERG, Hans (2008): *La legitimación de la Edad Moderna*, Valencia: Pre-Textos.

- CARNAP, Rudolf (1965): *La supresión de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje*, en A. J. Ayer (comp.), México: Fondo de Cultura Económica.
- FRISBY, David (1992): *Fragmentos de la modernidad*, Madrid: Visor.
- GADAMER, Hans Georg (2004): *Hermenéutica de la Modernidad*, Madrid: Trotta, Madrid
- (1977, t. I y 1992, t. II): *Verdad y método*, Salamanca: Sígueme.
- (2001): *¿Quién soy yo y quién eres tú?*, Barcelona: Herder, Barcelona, 2001.
- (2000): «Towards a Phenomenology of Ritual and Language» [1992] en H. G. Gadamer y L. Schmidt (2000): *Language and Linguisticity in Gadamer's Hermeneutics*, Nueva York, Lexington books.
- HABERMAS, Jürgen (1975): *Perfiles filosófico-políticos*, Madrid: Taurus, 1975.
- (1985): *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona: Península.
- (1989): *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid: Taurus.
- (1998a): *La lógica de las Ciencias sociales*, Madrid: Tecnos.
- (1998b): *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta.
- HABERMAS et al. (1985): *La posmodernidad*, Barcelona: Kairós.
- HEIDEGGER, Martin (1954): *Kant y el problema de la metafísica* F.C.E. México, 1954. Del mismo,
- (2014): *Interpretaciones fenomenológicas sobre Aristóteles*, Madrid: Trotta.
- (1987): *De camino al habla*, Barcelona: Ediciones del Serbal.
- (2009): *Ser y tiempo*, Madrid: Trotta.
- (2005): *Hegel*, Buenos Aires: Prometeo.
- (2010): *Caminos del bosque*, Madrid: Alianza Editorial.
- (2013): *Carta sobre el Humanismo*, Madrid: Alianza editorial.
- (1958): *La Época de la Imagen del Mundo*, Santiago: Ediciones de la A.U. de Chile.
- (1994): *Conferencias y artículos*, Barcelona: Ediciones del Serbal.
- Sobre HEIDEGGER existe una bibliografía muy extensa, cuya cita omito; pero sí quiero destacar las siguientes obras FAYE, Emmanuel (2009): *La introducción del nazismo en la filosofía*, Madrid: Akal, (que contiene una exposición del seminario sobre la filosofía del Derecho y del Estado de Hegel de 1934); WOLIN, Richard (2003): *Los hijos de Heidegger*, Madrid: Cátedra; GRAF VON KROCKOW, Christian (2017): *La decisión*, Madrid: Tecnos; GONZÁLEZ VARELA, Nicolás (2017): *Heidegger nazismo y política del ser*, Barcelona: Montesinos; OTT, Hugo (1992): *Martin Heidegger*, Madrid: Alianza Editorial; SAFRANSKI, Rüdiger (2015): *Un maestro de Alemania*, Barcelona: Tusquets; CONCHE, Marcel (2006): *Heidegger en la tormenta*, Santa Cruz de Tenerife, que remite la irracionalidad y el totalitarismo político al pensamiento global de Heidegger. He prescindido intencionadamente de analizar los llamados *Cuadernos negros* porque las obras de FARIAS y FAYE me dispensan de hacerlo.
- JANIK Allan y Stephen TOULMIN (1974): *La Viena de Wittgenstein*, Madrid: Taurus, esp. capítulo 3.
- JAKOBS Günther y Miguel CANCIO (2006): *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas.
- JAKOBS Günther (2008): *El Derecho penal como disciplina científica*, Madrid: Civitas.
- JASPERS, Karl (1990): *Notas sobre Martin Heidegger*, Barcelona: Mondadori.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel (2009): «El diablo como persona en Derecho», en VV. AA., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- KANT, Immanuel (1996): *Crítica de la razón pura*, Alfaguara, Madrid.
- (1990): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid: Espasa-Calpe.
- (1984): *Lo bello y lo sublime. La paz perpetua*, Madrid: Espasa-Calpe.
- (1963): *El conflicto de las facultades*, Buenos Aires: Losada.
- (2012): *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos.
- KLEMPERER, Victor (2016): *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Barcelona: Ed. Minúscula, 7ª reimpr.
- KLUG, Ulrich (1975) *Discusión I*, Barcelona: Barral.
- KÖHNKE, Klaus Christian (2011): *Surgimiento y auge del neokantismo*, México: Fondo de Cultura Económica.

- KOCH, Hans-Joachim (Hrsg.) (1976): *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Bonn: Athenäum Verlag.
- LYOTARD, Jean-François (1984): *La condición postmoderna*, Madrid: Cátedra.
- LÖWITH, Karl (1992): *Mi vida en Alemania antes y después de 1933. Un testimonio*, Madrid: Visor, 1992.
- (2006): *Heidegger, pensador de un tiempo indigente*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- (2002): *Histoire et salut*, París: Gallimard.
- LLOBET RODRIGUEZ, Javier (2018): *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LUHMANN, Niklas (1997): *Observaciones de la modernidad*, Barcelona: Paidós.
- MAYER, Max Ernst (1937): *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Labor.
- MARXEN Klaus (1975): *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlín: Duncker & Humblot.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2002): *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia.
- NEUMANN, Franz (1943): *Bebemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, Fondo de Cultura Económica.
- NINO, Carlos Santiago (1978): *Discusión 2*, Barcelona: Barral.
- POPPER, KARL R. (1973): *La miseria del historicismo*, Madrid: Alianza editorial.
- QUINE, Willard Van Orman (1962): *Desde un punto de vista lógico*, Barcelona: Ariel.
- SALA ROSE, Rosa (2010): *El misterioso caso alemán. Un intento de comprender Alemania a través de sus letras*, Barcelona: Alba Editorial.
- SCHELER, Max (1942): *El formalismo en la ética y la ética material de los valores*, Madrid: Revista de Occidente.
- SCHMITT, Carl (2009): *El concepto de lo político*, Madrid: Alianza Editorial.
- (2009): *Teología política*, Madrid: Trotta.
- SZONDI, Peter (2005): *Estudios sobre Celan*, Madrid: Trotta.
- TUGENDHAT, Ernst (2003): *Introducción a la filosofía analítica*, Barcelona: Gedisa.
- VV. AA. (1996): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona: Anthropos.
- VV. AA. (2007): *Néokantisme et Sciences Morales, Revue Germanique Internationale*, 6 París: CNRS Éditions.
- VILLACAÑAS, José Luis (2016): *Teología política imperial y comunidad de salvación cristiana*, Madrid, Trotta.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. (1995): «Dos problemas del positivismo jurídico» en *Íd., La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- WELZEL, Hans (1957): *Derecho natural y justicia material*, Madrid: Aguilar.
- (1964): *El nuevo sistema de Derecho Penal*, Barcelona: Ariel.
- (1970): *Derecho Penal Parte General*. Traducido de la 11ª ed. alemana por J. Bustos y Sergio Yáñez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ([1975] 2011): «Naturalismus und Wertphilosophie», en *Íd., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín: De Gruyter.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1988): *Investigaciones filosóficas*, Barcelona: Crítica
- (1989): *Observaciones*, México: Siglo XXI.

Fecha de recepción: 14 de marzo de 2019.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.