

## LA FICCIÓN PRÁCTICA DE VAIHINGER, COMO LÍMITE AL EXCESO EN LO PENAL, (O SOBRE LA NECESIDAD DE LA IDEA DE LIBERTAD)<sup>1</sup>

Laura Cristina Prieto<sup>2</sup>

**Resúmen:** La autora en el presente trabajo, aborda el tema del Derecho penal del enemigo desde la perspectiva de quienes lo fundan en el pensamiento de Emmanuel Kant, hasta llegar al pensamiento de Hans Vaihinger respecto de dicho tema.

**Resumo:** A autora no presente trabalho, aborda o tema do Direito penal do inimigo desde a perspectiva de que o fundam no pensamento de Emmanuel Kant, até chegar ao pensamento de Hans Vaihinger respeito de dito tema.

**Abstract:** The author in the current work deals with the topic of the Criminal law of the enemy from the perspective of who it found in the thought of Emmanuel Kant, until arriving at Hans Vaihinger's thought with regard to the above-mentioned topic.

**Palabras Claves:** Derecho penal del enemigo, Delincuente, Sociedad, La paz perpetua, Violencia, Kant.

**Key Words:** Criminal Law of the enemy, Delinquent, Society, The perpetual peace, Violence, Kant.

La exposición que sigue busca dialogar con ciertas tendencias en el derecho penal, específicamente con el llamado Derecho penal del enemigo. Esa misma intención, de cualquier manera, pareciera verse obstaculizada por el interlocutor elegido: la confrontación que aquí me permito, no proviene estrictamente del área de lo jurídico. Este es un tiempo donde nos hemos acostumbrado a respetar –no sin peligro– el lenguaje de cada especialidad, como si se tratara de compartimentos herméticos, autorreferenciales.

Discutiré algunos puntos donde ese proyecto de derecho penal, pretende fundamentarse: me refiero a aquellos donde se recurre a la figura de Emmanuel Kant. Pretendo sencillamente aclarar la confusión que desarrolla el derecho penal del enemigo, cuando distorsiona las perspectivas kantianas. Entroncaré, enseguida, con las conclusiones del filósofo kantiano Hans Vaihinger, cuando a principios del siglo pasado, debate con cierto estadista (cuyas ideas como veremos se asimilan a las más autoritarias entre las actuales), sobre derecho penal.

Vaihinger con los escrúpulos de su atmósfera filosófica –la del positivismo–, revisa amplias zonas del pensamiento, distribuyendo

<sup>1</sup> Recibido el 17 de febrero de 2009. Aceptado el 29 de abril de 2009.

<sup>2</sup> Estudiante de la Maestría en el Centro de Estudios de América Latina, en la Universidad Nacional Autónoma de México.

respetuosamente sus fronteras, sin por ello caer en la indiferencia de una aplicación del análisis sobre diversos territorios del saber. Escrúpulos, los de su época, que trabajan en nosotros, como un ejemplo refrescante. Pues si esos modos “positivistas” de evaluar de una manera indizada, se pliega más de lo deseable a la descripción temática para nuestro deseo de establecer mediaciones más ricas, sin embargo, resultan en un ejemplo de acechanza crítica de la diversidad de fundamentaciones. Y este efecto, (imposible, quizá, de ser valorizado, en otros tiempos más generosos y atrevidos en lo que se refiere al conocimiento) se sucede, justamente, de los recaudos a los que asistimos hoy, cuando se establece un acuartelamiento de los dominios del saber, ferozmente escindidos entre ellos, de un modo conveniente para ciertos fines, e inconvenientes para el mismo conocimiento, como estímulo de aprendizaje y crítica.

El peligro de una digresión, de un temor a la crítica, cuando se persiguen temas que buscan circunscribirse en una esfera que se aliena en sus propios recursos dialógicos –en este caso, la jurídica– es que una y otra vez, en cambio, esa esfera de análisis, rebasará sus propios límites. Una pretensión de método espera la delimitación hermética, cuando al mismo tiempo se la transgrede constantemente: se fijan dogmáticamente los límites, para entonces autorizar un giro de intromisiones, que quiere proteger sus intenciones y alejar la crítica.

Así, en la teoría del derecho penal del enemigo, escrita por Günther Jacobs una serie de fundamentaciones, se detienen a identificar la sociedad de *pe a pa*, con la certidumbre jurídica. Tras un rápido y escueto acotamiento del “ser humano” como “persona o institución” los párrafos que asaltan al lector serán del tipo: “sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal”<sup>3</sup>; una clase de delincuente, se dice sin más, será persona, pero otra, alejada de las expectativas cognitivas, que anticipen su rehabilitación, no lo será, y por lo tanto requerirá de alguna otra forma de pensar el castigo. Es claro que el planteamiento busca hacerse conocer a través de la polémica, pues no podemos entender por qué se caracterizan al vacío, fuera de todo contexto, las expectativas de una sociedad cada vez más alejada, por otra parte, de su participación en las decisiones normativas. Por otro lado, tampoco se entiende esa definición, del delincuente –todavía persona y no “enemigo” – como afín al adolescente, al *enfant terrible*, que atiende a la posibilidad de rehabilitación; posibilidad que como sabemos, las cárceles están muy lejos de garantizar.

Para fundar la figura del enemigo o ente-peligroso, que no es ya ni ciudadano ni persona, se acude a la obra de *La Paz perpetua*, escrita por Emmanuel Kant. En 1795, Kant escribe ahí que ante la amenaza vecina del hombre o pueblo en Estado de naturaleza, –es decir en estado de guerra–, estos pueden ser obligados a entrar en una comunidad-legal, o a ser apartados de la

<sup>3</sup> Jakobs Günther y Cancio Melá Manuel, Derecho penal del enemigo, Thompson-Civitas, Madrid, 2003, p.51.

vecindad.<sup>4</sup> ¿Cómo deduce la teoría de Jakobs, que entonces, quien no participase de la sociedad constitucional, dejaría, según Kant, de ser persona? A pie de página se explica que en realidad Kant no habría sido asertivo al respecto, porque no tomó en cuenta “el contexto” o “la personalidad practicada”.

### **Insuficiente y equivocado, hay mucho más por decir**

En *La Paz perpetua* la idea de una constitución jurídica cosmopolita, se define en tanto que los hombres progresivamente sean capaces de alejarse del estado de guerra. Y ello no significa que los hombres que residan en éste —el estado de guerra—, dejen de ser tales. (El pie de página donde se indica que Kant no tomaba en cuenta la personalidad, nos da una pista fundamental —que por otra parte intuíamos—, para seguir leyendo la teoría de derecho penal: la persona, no es el ente jurídico, es el hombre, el individuo). En *la paz perpetua*, los hombres inmersos en el estado de naturaleza no dejan de ser hombres, simplemente, porque el texto de Kant no se dirige a las personas de una república cosmopolita constituida, sino a los estados agresivos para los cuales, escribe “la guerra es la cosa más sencilla del mundo”, y agrega: “los jefes de Estado deciden la guerra y encomiendan la justificación de la misma, al siempre dispuesto cuerpo diplomático”<sup>5</sup>. No estamos pues con Kant, frente a un tratado del castigo y la coerción, sino frente a uno de la razón, como poder público y popular.

El ejercicio kantiano promueve una ontología crítica a través de la cual, el espacio urbano de ninguna manera se congela y divide entre el hombre previsible y el imprevisible (el que no presta seguridad cognitiva). El espacio urbano se basa en la idea de libertad crítica, de la que forma parte la libertad jurídica. A continuación del párrafo elegido por Jakobs, Kant habla de la libertad jurídica, que es “la facultad de no obedecer a ninguna ley, sino en tanto y en cuanto he podido darle mi consentimiento”<sup>6</sup>. El consentimiento ante la ley se hace posible gracias al uso público de la razón. (Recordemos a Habermas, el gran estudioso de Kant, que dedicó su obra a ese propósito: el de construir una diáfana relación crítica, una comunicación posible entre poder y colectivo).

Cuando se consiente a obedecer, es porque las leyes reflejan el uso crítico de la razón popular. *Aude Saper*, es la consigna de la ilustración kantiana: “Ten la audacia de saber”.

Esto debería ser concluyente al respecto, de que una teoría sobre el “combate al peligro” que busca separarse del derecho penal común, una teoría que radica en clave de Estado de excepción, no puede sostenerse sobre fundamentos kantianos, porque señala a un espacio que habrá necesariamente de componerse en el secreto, y el secreto de Estado era una de las cosas

<sup>4</sup> Ibid., p.30.

<sup>5</sup> Kant Immanuel, *La paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1985, p.17-18.

<sup>6</sup> Ibid., p. 16.

que más ofendían a Kant; un espacio que habrá de hilvanarse con las estrategias de la inteligencia bélica, ya que como bien señalan sus seguidores, el derecho penal del enemigo, es igual a la guerra refrendada. Y toda guerra, como sabemos, es o termina por ser refrendada.

Sigamos el aliento de ese poderoso concepto de la libertad, que quizá, es una de las cosas buenas que le debemos a los proyectos autoritarios de las nuevas propuestas editoriales: la vuelta al pensamiento sobre la libertad.

Lo llevamos casi un siglo atrás para encontrarnos con la figura de Hans Vaihinger, fundador de la *Kant-Gesellschaft*, la sociedad filosófica dedicada a la obra de Kant. Vaihinger, además era un fervoroso evolucionista, dedicado al estudio de las ciencias en su época.

Su diálogo con la libertad, puede leerse aquí y allá, como una paráfrasis de los roces kantianos entre razón científica y razón práctica. Kant decía “el concepto de libertad, puede ensanchar la razón por encima de aquellos límites dentro de los cuales todo concepto teórico de la naturaleza permanece encerrado sin esperanza”.<sup>7</sup>

Vaihinger a su vez, fiel al estilo árido del positivismo, dirá “un concepto como el de la libertad, contradice las observaciones que demuestran que todo obedece a ‘leyes’” –(de una acepción similar tampoco escapa el materialismo de Freud, como sabemos). Agrega: “así mismo, esa contradicción, demuestra su necesidad; la libertad es entonces, una ficción tan insignificante—en términos teóricos como absolutamente necesaria”<sup>8</sup>. Para Vaihinger, sin una consideración de la libertad, en tensión constante, antinómica, con los condicionamientos, el derecho penal, sería impensable.

Para el desarrollo de esta tesis, en su obra titulada *La filosofía del como si*, Vaihinger relata la controversia que sostiene con Gustav Rümelin, un afamado estadista de su época. Rümelin decía que el pensamiento acerca de la libertad no puede ser tomado en cuenta en la práctica legal; al juez, en cambio, le convendría, partir del “alma”. Para Vaihinger como posteriormente para los desarrollos del pensamiento existencialista, la libertad no puede medirse como un objeto, no puede haber algo como un alma-objeto: el hombre es siempre el hombre simbólico, el ser en tránsito. Por ello, concluye Vaihinger, es que para el Kant de la filosofía práctica, el hombre debe actuar como si en uno u otro momento tuviera que dar cuenta de sus acciones. Y esto no es lo mismo que decir que existe un lazo moral previo que organiza las acciones y sus efectos. El lazo debe descubrirse en virtud justamente, del tránsito de la libertad.

Cuando se lee *La filosofía del como si*, no es difícil prever lo que seguirá: las reacciones en el tiempo, la resolución del espíritu, hacia una forma generosa de conciliación con el hombre como tal, —como una suma eufórica o contenida de contradicciones— que trascienda esas formas escrupulosas de una razón afectada de análisis, de indización, de cautela positivista. Pero en Vaihinger, vemos ya el aliento de una bisagra entre un panorama intelectual

<sup>7</sup> Kant Immanuel, *Crítica del Juicio*, Porrúa, México, 2003, p.490.

<sup>8</sup> Vaihinger, Hans, *The philosophy of “as if”*, Londres, Routledge, 2001, p.43.

que no avanzaba sin certificados científicos, y otro que asume la función del tránsito subjetivo, de la importancia de lo humano y sus posibilidades, en un orbe siempre interrogable, diseñado por ficciones.

Se puede pensar desde el panorama que certifica la certidumbre jurídica, que la vecindad de una amenaza terrorista no da tregua para una reflexión existencial. Sin embargo, ubicándonos –y no hay modo más objetivo de encontrarnos– en el paisaje umbroso de lo subjetivo, será necesario decir con Sartre que, “cuando se reclama y se niega, a la vez, la condición humana, la contradicción será explosiva”.<sup>9</sup> No importa cuanta precisión cognitiva se exija para distribuir una separación entre delincuente y enemigo. El reclamo de humanidad no puede calibrarse como un objeto, como una demostración mensurable, cuando el tránsito hacia ésta –la dignidad que sólo da la libertad– ha sido una y otra vez, devastado por el hambre y por las bombas.

Vaihinger reflexiona: el actuar como si tuviese que dar cuenta de mis acciones, indica un crecimiento crítico de la autonomía moral, es decir de la libertad. A Kant no se le habría ocurrido pensar que un hombre deja de ser hombre, porque desconoce lo que está mal, sino en todo caso, habría dicho, que un hombre atenta contra su razón cuando atenta contra su libertad.

La violencia, una forma de la sinrazón. Si de lo que se trata, como en un experimento al vacío, fraguado lejos de la historia, es de evitar una colisión contra la libertad, el intento de confiar esa responsabilidad a la autoridad jurídica, será igual a la de buscar oponer una posible resistencia a la dirección que lleva un objeto arrojado a cierta velocidad. Finalmente, todo movimiento será visto, (para esta égida sin raíces, de una moral “científica”, aguzada hacia su objeto, como la que pretendía Rümelin) en la forma de una amenaza. La violencia no es un asunto inteligible, como lo son la locomoción o la inercia. En cada espacio deshumanizado, volverá a crecer la falta de certitud cognitiva, volverá a desarrollarse la forma más irracional de todas: la ausencia del miedo a la muerte, que es lo mismo que la ausencia del miedo a morir.

Si establezco para mi deontología –que no otra cosa pretende, en el fondo, el vocero de una ideología jurídica– un ángulo conceptual, el del “enemigo”, no puedo esperar sino, a que por pura sinonimia o resonancia, la ausencia del miedo a morir, termine por enquistarse también en los ámbitos de convivencia pacífica. La paz esperada, entonces, será una paz entre pandillas: el interlocutor pacífico, hablará del enemigo, se protegerá contra el enemigo, terminará por armarse contra el enemigo.

Ante los intentos actuales de justificar moralmente la teoría de la guerra refrendada, recordemos, para terminar, unas palabras más del libro *la Paz perpetua*. Escribía Kant:

“Yo puedo concebir un político moral, es decir, un político que entiende los principios de la habilidad política de modo que pueda coexistir con

<sup>9</sup> Sartre Jean-Paul, Prefacio a Los condenados de la tierra, p.19, en Fanon Franz “Los condenados de la tierra”. F.C.E., México, 1980.

112 LA FICCIÓN PRÁCTICA DE VAIHINGER, COMO LÍMITE AL EXCESO EN LO PENAL, (O SOBRE LA NECESIDAD DE LA IDEA DE LIBERTAD)

la moral, pero no un moralista político, que se forje una moral útil a las conveniencias del hombre de Estado.”