

FILOSOFÍA DEL LENGUAJE Y DERECHO PENAL. EN
HOMENAJE AL PROF. TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*PHILOSOPHY OF LANGUAGE AND CRIMINAL LAW. IN
HOMAGE TO PROF. TOMÁS S. VIVES ANTÓN*

Manuel Jiménez Redondo

*Catedrático de Filosofía
Universitat de València*

RESUMEN

En este artículo se expone, en primer lugar, el «giro lingüístico» en el pensamiento contemporáneo, situando el trabajo de Tomás Vives en ese contexto (A). En segundo lugar, se analiza en detalle —y a juicio del autor— su visión de los fundamentos del Derecho penal en el marco de esta inflexión filosófica (B).

PALABRAS CLAVE

Giro lingüístico, filosofía del lenguaje, fundamentos del Derecho penal, Tomás Vives Antón.

ABSTRACT

This article first exposes the «linguistic turn» in contemporary thought, placing the work of Tomás Vives in that context (A). Secondly, his vision of the foundations of Criminal Law is analyzed in detail —and in the author's view—, within the framework of the framework of this philosophical inflection (B).

KEYWORDS

Linguistic turn, philosophy of language, foundations of Criminal Law, Tomás Vives Antón.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.089>

FILOSOFÍA DEL LENGUAJE Y DERECHO PENAL. EN HOMENAJE AL PROF. TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Manuel Jiménez Redondo

Catedrático de Filosofía
Universitat de València

A) Después de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente a partir de los años sesenta y setenta del siglo pasado, en la filosofía académica prevalecían cuatro corrientes de pensamiento que, como ocurre siempre en filosofía, mantenían entre sí una tensa relación, cuando no una enconada oposición.

A. *i*) La primera era la *filosofía analítica del lenguaje*. Esta corriente había nacido de una discusión sobre los fundamentos de la matemática en el siglo XIX, y su propósito principal era tratar de poner al descubierto la *forma lógica* del pensamiento en contraste con la forma gramatical de su expresión, que muy podía muy bien ocultarla. El desarrollo de esta orientación dio lugar a lo que se ha denominado una revolución en la lógica, a lo que se llamó la lógica matemática. La lógica dejó de ser una ciencia que, como decía Kant, nació completa con Aristóteles, sin necesidad de que se le añadiese nada más, y se convirtió en una ciencia refundada y que propiamente iniciaba su itinerario como disciplina. El análisis lógico del lenguaje, es decir, de la expresión del pensamiento se dirigió también a campos como la metafísica tradicional y moderna, la ciencia del ser en cuanto ser y lo que le pertenece esencialmente; el análisis lógico del lenguaje acabó viendo en la metafísica una mera pretensión de saber que no se sostenía por ningún lado. «La destrucción de la metafísica mediante análisis lógico del lenguaje», título de un conocido artículo de Carnap de los años treinta, se convirtió en el tema de la época y determinó la actitud de toda una generación frente a la filosofía, cuyo núcleo, la metafísica, se venía abajo. El interés del análisis del lenguaje se dirigió también al análisis del lenguaje moral

y, por esta vía, de la mano de la metaética analítica —o filosofía del lenguaje moral—, allá por los años ochenta la filosofía práctica de Kant volvió a emplazarse en el centro del pensamiento filósofo contemporáneo.

Los principales representantes de la filosofía analítica del lenguaje fueron Frege, Russell y el primer Wittgenstein. En el llamado «segundo Wittgenstein» —el de las *Investigaciones filosóficas* (1953)—, la filosofía analítica experimenta un cierto vuelco respecto al «primer Wittgenstein» —el del *Tractatus lógico-philosophicus* (1922)— en forma de «filosofía del lenguaje ordinario», orientación que respaldaba un concepto de significado distinto del *Tractatus*, el concepto de significado como *uso*. Wittgenstein extendió este tipo de análisis a los conceptos fundamentales de la tradición filosófica —*significado, acción, intención, pensamiento, verdad, certeza, regla*, por supuesto «*lenguaje privado*», etc.— a través de una peculiar forma de filosofar que, por un lado, puede muy bien conectarse incluso con lo que Aristóteles hace en su *Metafísica* o en su *Ética a Nicómaco*, y que, por otro, mantiene una actitud deconstructiva y crítica frente a la tradición filosófica; en contraste con el modo en que se usan aquellos y otros términos en el lenguaje corriente, la filosofía tradicional puede representar un enfermizo exceso constructivo, «un embrujamiento de nuestro entendimiento por el lenguaje» contra el que la crítica filosófica debe dirigirse a manera de *terapia*, no reservándose ninguna función adicional a la filosofía ninguna; «la filosofía acaba dejando todo como está», aunque más claro. Es comprensible que tanto del gesto como el alcance del análisis y la crítica de Wittgenstein a los conceptos de la tradición provocaran una conmoción en la filosofía tal y como era entendida hasta entonces. Tomás Vives se manejaba perfectamente bien en este segundo Wittgenstein y en todo su contexto en general.

Había otra figura del pensamiento contemporáneo próxima, en cierto sentido, a Wittgenstein en lo que respecta a la discusión sobre fundamentos. Aunque en ningún caso provenía del análisis lógico del lenguaje, sino de la discusión del utilitarismo y el kantismo, en los años ochenta representó algo así como un reverdecimiento de la filosofía moral de Kant. *Una teoría de la justicia* (1971) y *Liberalismo político* (1993), los dos principales libros de J. Rawls, son, digámoslo así, Kant. Y la «posición original», el «velo de ignorancia» y los «bienes primarios» (libertades y bienestar) sobre los que versa la decisión en la «posición original» —que son los elementos de donde Rawls extrae los «principios de justicia», entendiendo la justicia como una propiedad de las «instituciones básicas» de un orden social— no tiene otra fuente que el concepto de libertad de Kant, la *libertad como autodeterminación y autonomía*. Del concepto de libertad en sus «relaciones externas» se sigue, para Kant, el «principio general del Derecho» que, dice el propio Kant, «[...] es de derecho toda acción conforme a cuya máxima mi libertad de arbitrio sea compatible con la libertad de arbitrio de cualquiera conforme a una ley general que ha de poder entenderse como proveniente efectivamente de la voluntad unida de todos, de manera que, si mi acción según su máxima puede ser compatible con la libertad de arbitrio de cualquiera conforme una ley general y alguien me la impide, me está haciendo injusticia». Para Kant, ese principio implica, a su vez, el «derecho de libertad» como «único derecho innato» que asiste al hombre en virtud de su propia humanidad (esto es, de su

propio ser libre): «La libertad como independencia del arbitrio de otro que pudiera obligarme a algo, en cuanto esa independencia sea compatible con la libertad de cualquiera conforme a una ley general que pueda entenderse como proviniendo efectivamente de la voluntad unida de todos, éste es el único derecho innato que asiste al hombre en virtud de su humanidad». La filosofía de Rawls podía entenderse como un constructivismo kantiano en filosofía moral. Tomás Vives se movió en ese constructivismo kantiano, pero también en el corpus teórico de Wittgenstein.

A. ii) Una segunda gran corriente de pensamiento contemporáneo es la *fenomenología*. Su introductor fue Husserl —a través de sus libros *Investigaciones lógicas* (1901) e *Ideas* (1912)— y su continuador Heidegger, autor de *Ser y tiempo* (1927), tal vez el libro de filosofía más importante del siglo XX, un juicio que no queda empañado por la posterior equivocidad política de Heidegger. Me limitaré a comentar brevemente este libro. El tema central de *Ser y tiempo* es la existencia humana, el ente que somos, que se caracteriza por ser, en cada caso, el *mío* y, a la vez, un *con-ser* con los demás. Si prescindimos de ese carácter, es decir, de que la existencia, con-siendo con los demás es, en cada caso, la mía, «nos hemos quedado sin tema», dice Heidegger.

En un primer paso, la existencia humana se analiza en *Ser y tiempo* como *ser-en-el-mundo*. Podemos decir: «Aquí una casa, ahí un árbol, allí un hombre», pero el «hombre» no se reduce a esa posición, sino que es, a la vez, el sitio en el que ese conjunto se abre y queda a la luz. Esto es, podemos imaginarnos que el mundo está ahí, sin existencia humana, pero, cuando lo hacemos, ahí estamos nosotros imaginando cómo hay mundo sin existencia humana; la existencia se ha presupuesto. Sin existencia humana ni hay mundo ni deja de haberlo. Sin existencia no hay aparecer del mundo, por más que lo demos como aparecido ahí sin existencia. Y es esta estructura que se oculta, la que Heidegger analiza como *ser-en-el-mundo*.

En un segundo paso, Heidegger analiza el *ser-en-el-mundo* como *cuidado*: la existencia es un *por-delante-de-sí estando* ya en el mundo que la existencia abre, a vueltas con las cosas.

Y, una vez hemos considerado la existencia como cuidado, en un tercer paso podemos considerarla como *tiempo*: un estar viniendo desde el *por-delante-de-sí*, desde la proyección en que ya siempre consistimos, que así, y solo así, hace presente. El presente se nutre del futuro, es decir, de la proyección, y del pasado, no al revés. La existencia es presente estando ya siempre proyectada en un futuro desde el que viene a sí. De la definición tradicional del ente que somos como *rationalis naturae individua substantia* (Boecio) queda poco, dado que los conceptos básicos han cambiado.

Las dos determinaciones fundamentales de la existencia así entendida son el *encontrarse* y el *entender*. Sobre el *encontrarse*, Heidegger dice que «la existencia es el ente que da consigo ahí, que se encuentra arrojado a su ser, del que ella no es promotora, como habiendo de ser ese ser como suyo». Y el *entender* es el proyectarse la existencia en posibilidades de sí y de las cosas: en qué puedan ser o no puedan ser, en qué podamos ser o no podamos ser, en qué podamos hacer o no podamos hacer. Somos un encontrarnos

viniendo constantemente a nosotros y a las cosas desde la continua proyección en la que consistimos. La existencia humana es *iectata proiectio*, en el aire, ya siempre proyectada a la vez en la posibilidad de también no ser, la cual siempre está viniendo y está siempre al caer y convierte a la existencia, inevitablemente proyectada en ella, en un huirse de sí misma, en un no querer saber de esa posibilidad que ella misma es.

Y como tal *entender*, la existencia es siempre una existencia *interpretada*. Es un estar ya siempre en lo que fuere, *prae habere*, un estarlo que mira en una dirección y no otra desde alguna posibilidad de ello, es decir, una *praevisio*, y un estar ya siempre desgranando esa posibilidad en una trama de conceptos, una *praeconceptio*. Esta es la estructura *prae* de la interpretación. La estructura de la interpretación es circular. No hay interpretación sin visión y conceptos previos en los que se está. Y es ello lo que está plasmado en las múltiples dimensiones del lenguaje. Pretender una interpretación sin prejuicios y, por tanto, sin historia interna, es pretender una interpretación sin lenguaje, en definitiva, sin existencia, una no interpretación. La pugna por la objetividad es siempre una pugna de interpretaciones. Quien mejor desarrolló estos conceptos de *Ser y tiempo* de Heidegger fue Gadamer, discípulo de Heidegger, en su libro *Verdad y método* (1960), que liberó a esos conceptos de la equivocidad política en la que cayó Heidegger a partir de los años 30, cuando convirtió la «existencia en cada caso mía» en la «existencia de un pueblo».

Junto con Wittgenstein y Rawls, Gadamer fue otro de los principales referentes de Tomás Vives. Baste señalar, como dice alguna vez Rawls, que la existencia moderna se encuentra, da consigo, se sabe distinta, al haber de proyectarse sobre la idea de ser-libre en el sentido ilustrado de Kant como única posibilidad de salida a las guerras de religión, es decir, como única posibilidad de salida a la evidencia de que no compartimos un sentido último de la vida y el mundo; ello en el aire, sin más base. De ello cualquiera podría aprender. Fácilmente quedan, pues, juntos o próximos Kant, Wittgenstein, Rawls y Gadamer: juntos, pero no confundidos.

A. *iii*) La tercera gran corriente de pensamiento contemporáneo, muy particularmente presente en nuestro contexto, fue la *teoría crítica*. La teoría crítica proviene de del Hegel y Marx, y continúa con el marxismo del primer tercio del siglo XX su teorización de las crisis cíclicas cada más vez más extensas e intensas a las que se ve se ve sometido también el orden político, el ideal democrático-liberal surgido de la Revolución francesa. Ante la necesidad de hacer frente a esas crisis que nacen de las crisis cíclicas del sistema económico, las sociedades salidas de la Revolución se ven llevadas necesariamente «más allá de sí mismas», dice Hegel; primero, es preciso clarificar «como está determinada sociedad»: la «sociedad civil», como la llama Hegel, no tiene más remedio que expandirse para buscar mercados, fuentes de materias primas, a fin de poder competir con otras economías y crear trabajo, o para dar salida a la población desempleada, etc., haciendo así del mundo un mundo *uno*. Pero tampoco así pueden superar lo que en definitiva es, según Marx, su imposibilidad interna; y así la «sociedad civil» se ve llevada más allá de sí misma también «como tal sociedad», como decía Hegel y oyó muy bien Marx.

En la Europa de los años veinte y treinta, ese «más allá de sí como tal sociedad» no consistió sin más en su supresión y superación revolucionarias en el sentido de Marx, sino

en el hundimiento del orden liberal con el surgimiento del fascismo, que tenía enfrente lo que sí se entendía a sí mismo como una superación revolucionaria del orden político y económico occidental en el sentido de Marx; era el socialismo de Estado, que, una vez derrotado el fascismo, acabó revelándose como algo similar a aquello a cuya derrota había contribuido muy esencialmente junto a las democracias liberales. «Fascismo y comunismo son la misma cosa», escribió Adorno ya en los años cuarenta en su libro *Minima Moralia*. Si el hundimiento del orden democrático liberal había sido la catástrofe, la supuesta superación del orden democrático-liberal a través del socialismo de Estado había sido, para Adorno, la continuación de la catástrofe. El orden democrático-liberal no tenía otra alternativa que él mismo —en los términos en que Kant expone sus principios— y dependía de que la economía keynesiana, es decir, la política económica practicada por una administración capaz de controlar las condiciones marginales del movimiento del ámbito económico, pudiera hacerlo económicamente viable. Horkheimer, Adorno, Marcuse, Benjamin y otros, es decir, la primera Escuela de Frankfurt y su entorno —los referentes de Habermas— fueron testigos de aquella catástrofe. La obra de Habermas *Teoría de la acción comunicativa* (1981) representa los principios, los conceptos y los problemas internos de la reconstrucción del orden democrático-liberal en la posguerra.

Y Habermas, que proviene directa y expresamente tanto de Wittgenstein como de Gadamer, pone en la base de sus consideraciones normativas relativas a la reconstrucción del orden democrático-liberal o del orden democrático liberal reconstruido —cuyos principales protagonistas políticos fueron las democracias cristianas y las socialdemocracias europeas— una *teoría de la acción comunicativa*. Por «acción comunicativa» entiende Habermas la acción coordinada por un empleo del lenguaje orientado a entenderse. El empleo del lenguaje orientado a entenderse es el *uso primario* del lenguaje. No es primario porque sea el más frecuente y porque los hablantes lo busquen, sino porque subyace a todos los demás usos. Es claro que se miente tanto mejor cuanto mejor se simula estar diciendo la verdad. No hay mentir sin estar esencialmente referido al decir verdad. El empleo del lenguaje orientado a entenderse se revela, en todo caso, como el primario. Así, con cada *acto de habla* todo hablante no puede por menos que pretender que lo dicho se entiende al nivel que fuere (*inteligibilidad*), no puede por menos que pretender que lo dicho —o las suposiciones proposicionales de lo dicho— se corresponden con la realidad (*verdad*); no puede por menos que pretender que el acto de hablar como acto e, indirectamente, sus presupuestos normativos son correctos, es decir, que está legitimado para hablar (*rectitud*) y no puede por menos que pretender que lo que dice se corresponde con lo que piensa (*veracidad*). Cuando la comunicación deja de fluir, es decir, cuando se rechaza alguna de estas pretensiones que el hablante no puede por menos que vincular con cada acto de habla que ejecuta, hay cuatro posibilidades, a saber: que el curso de la comunicación absorba el desacuerdo, pasar a adoptar una «actitud estratégica» —de esperar y ver, dice Habermas—, ceder a la violencia abierta, o pasar al *discurso teórico* para la pretensión de verdad o al *discurso práctico* para la pretensión de rectitud problematizadas, cuando estos discursos y el paso a ambos están institucionalizados: si bien tal paso y tal institucionalización han sido siempre unos de los procesos más difíciles y arriesgados en la historia de la especie, han sido posibles.

Pues bien, es un hecho que las sociedades modernas y contemporáneas no pueden regirse solo por normas de tipo moral o ético ni solo por usos y costumbres, por un *ethos*, sino que, dada su complejidad, tienen que recurrir inevitablemente a normas artificiales, normas creadas, normas puestas que se hacen valer coactivamente con independencia de los intenciones de los agentes, tienen que recurrir al *Derecho positivo*, con el que también se aplazan durante largos o muy largos periodos las posibilidades de conflicto que a la comunicación directa le surgen en cada momento. Tanto para el discurso práctico — que trata de regulaciones *éticas* del comportamiento— como para el discurso práctico institucionalizado informal o formalmente —que trata de regulaciones *jurídicas*— rige un mismo principio, aunque con importantísimas diferencias para el discurso moral y el discurso jurídico. En su especificación para el discurso jurídico, ese principio, que Habermas llama el «principio democrático», dice que «una norma es legítima si y solo si hubieran podido prestar su asentimiento a ella todos los posibles afectados por ella, como participantes en discusiones racionales», entendiendo en términos aproximativos por «discusión racional» aquella que se produce en términos tales que sus resultados puedan contar con la presunción de contar con los mejores argumentos.

Ni que decir tiene que Tomás Vives, especialmente en su libro *Fundamentos del sistema penal*, cuya primera edición se publicó en 1996, fue uno de primeros juristas en introducir en la discusión jurídica en español estos conceptos. Algunos han identificado su posición en bloque con la de Habermas, a veces incluso con sorna, pero no hay tal. Tomás Vives no estaba de acuerdo con la teorización habermasiana en conjunto. Prefería a Kant. En Kant la cuestión central es la libertad bajo leyes generales, es decir, la aspiración de que mi libertad de arbitrio sea compatible con la de cualquier otro conforme a una ley general proveniente de la voluntad unida de todos, y el afán de que ello no sea una burla, es decir, de que se aseguren las condiciones materiales para que ello sea verdad; la ley está para regular la igual libertad. Y bien, Habermas habla de la «ley general» y de las «libertades comunicativas», pero no se ve dónde pueda estar el «derecho de libertad», el «derecho a la mayor medida posible de iguales libertades básicas» (Rawls), que no se reduce, ciertamente, a las libertades comunicativas, a la «libertad de expresión», sino que se refiere, también, a la facultad completa de organizar uno su existencia como quiera en su con-ser con los demás; este derecho no está en Habermas, pese a que el propio Habermas, mirando a Kant y a Rawls, lo suponga o lo quisiera, y pese a que haya dado mil vueltas para encontrarlo: *conceptualmente*, sigue sin estar. Tomás Vives estaba en completo desacuerdo con esta carencia. También una asamblea democrática sin el derecho innato —kantiano— de libertad que la ley coordina y hace materialmente efectivo es totalitarismo, como dice el propio Kant. Tomás era un liberal kantiano —expresión que alude al sentido en que Kant había sido recibido en el pensamiento contemporáneo— y desde el liberalismo kantiano miraba y analizaba los fundamentos del Derecho y el Derecho penal.

A. iv) Después de la *filosofía analítica del lenguaje*, la *fenomenología* y la *teoría crítica*, queda por mencionar una última importante corriente del pensamiento contemporáneo en la que también queda en el centro el lenguaje, pero no como *habla*, como *phoné*, como *voz*, sino como *escritura*, par conceptual que puede entenderse bien recurriendo a la dis-

tinción de Humboldt entre el lenguaje como *energeia* y el lenguaje como *ergon*. Como *energeia*, el lenguaje es el espíritu humano o la mente humana expresándose, es el sujeto en su manifestación; por tanto, la filosofía del lenguaje no está tan lejos de la (anterior) filosofía del sujeto y resulta posible transitar fácilmente de una a otra con provecho de ambas. Como *ergon*, el lenguaje es la obra hecha, los productos del espíritu humano en su existencia objetiva, que, cuando no son de naturaleza lingüística, tienen en el lenguaje hablado o escrito el lugar en que se hace explícito —o trata de hacerse explícito— su sentido. Fijándonos en lo escrito, por ejemplo, un libro, puede perderse o puede no conocerse el idioma en que está escrito, o han podido perderse irrecuperablemente páginas etc.; pensemos también en un texto indescifrable: el sentido está ahí, pero es inaccesible. Mirando de este modo, empezamos a ver cosas distintas a las que vemos si nos fijamos solo en la presencia del espíritu a sí mismo en la voz, en la que el hablante se oye a la vez que la emite, en la que supuestamente se es totalmente presente a sí mismo. Lo que la mente humana es se entiende a veces mejor cuando se lo mira desde el producto escrito; aquella supuesta presencia de la mente a sí misma se vuelve entonces del todo problemática, cuando no se esfuma por completo; la mente humana en cuanto dicente es, siempre, también un sentido que no se acaba de descifrar o con el que ella no acaba de dar. El *postestructuralismo francés*, al que me estoy refiriendo, dependiente del estructuralismo lingüístico, principalmente de Nietzsche y de Freud, se fija en fenómenos no marginales, sino de los márgenes, fenómenos que nos permiten ver mejor y entender mejor la estructura del supuesto centro, de la presencia del espíritu a sí mismo.

Así, en lo social, uno de esos importantes fenómenos de los márgenes es la *cárcel*, de la que Michel de Foucault habla en su gran libro *Vigilar y castigar* (1975), institución que, según Foucault, permite ver como reflejo la estructura del supuesto centro. Cuando era miembro del Consejo General del Poder Judicial, Tomas Vives organizó con otros miembros del Consejo un congreso al que se invitó como ponente a una autoridad francesa relacionada con asuntos penitenciarios. Era un simpatizante de Foucault. No obstante, decía que, cuando pretendían aplicarse las tesis decía Foucault a asuntos penitenciarios, bien podía suceder lo que les sucedió a unos que iban en un globo y se desorientaron por completo, descendieron para dejarse oír desde tierra y preguntaron a los de tierra: «¿Dónde estamos?», pregunta a la los de tierra respondieron: «En un globo» («Seguramente son filósofos del Derecho», comentaron los del globo). Pese a su magnífica arqueología de la cárcel y del sistema penal en general, no cabía esperar de Foucault una respuesta mejor. Sí, pero ahí estaba la arqueología perfectamente hecha, y ahí estaba el sistema penal mostrado en su completa contingencia histórica y en su equivocidad: la privación de la libertad como pena en un orden de Derecho asentado en el derecho de libertad.

B. *i*) Conocí a Tomas Vives en los años ochenta, en el contexto de la recepción de todas estas corrientes y de las discusiones sobre ellas. Era coautor del libro titulado *Derecho penal, parte general* (me regaló un ejemplar de la edición de 1984). Era un libro con el que estaba descontento. No estaba descontento porque el libro estuviese mal y pudiera ser mejorado, sino porque, si hubiera estado mejor, habría sido aún peor y más objetable; estaba descontento, digamos, con el «género literario». Lo que Tomas objetaba al libro

es que ese tipo de dogmática era una disciplina proveniente, en muy buena medida, del neokantismo de la segunda mitad del siglo XIX y que, pese a ser, en muchos aspectos, una disciplina filosófica había conseguido, sin embargo, mantenerse aislada de todo el pensamiento contemporáneo, a cuyo contexto de discusión había que reconducirla.

B. *ii*) Pero Tomás Vives añadía un segundo punto. El artículo 8 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 dispuso: «La Ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente». Este artículo queda evidente e intencionadamente puesto en relación con el artículo 6 sobre la *voluntad general* como *fuerza de la ley* y con los artículos 4 y 5 sobre el *derecho de libertad*, que la ley ha de hacer viable y efectivo. Tomás Vives sostenía que estos son los fundamentos del Derecho penal, que no hay otros, y que este es el esquema que hay que utilizar, bien en un manual, bien como orientación general en la formación del penalista. Es decir, son los principios del orden constitucional democrático-liberal y la historia y arqueología de la autointerpretación de ese orden en lo tocante a Derecho penal los que han de suministrar esos fundamentos tal como la Declaración de 1789 los articula. Su libro de 1984, dedicado a la parte general del Derecho penal, representaba, aun para él, la herencia una dogmática formada principalmente por la recepción de la doctrina germánica sobre Derecho penal. Ahora bien, desde el fracaso de la revolución liberal de 1848 en Alemania, en esa doctrina la perspectiva de la Declaración de 1789 tenía que estar completamente ausente; la libertad académica se pagó allí al precio de la renuncia a esa perspectiva. Al hablar de los fundamentos de Derecho penal, la perspectiva genuina tenía que ser no la de esa doctrina —que aún inspiraba los manuales de introducción al Derecho penal—, sino la de la Declaración de 1789.

B. *iii*) Un tercer y último argumento que igualmente aprendí de Tomás Vives puede completar y concretar los dos anteriores. Ya en Kant, decía Tomás, sucede algo extraño. La *Metafísica de las costumbres* de Kant puede entenderse como un perfecto comentario de la Declaración de 1789, excepto cuando llega al Derecho penal. El Derecho penal se convierte en la *Metafísica de las costumbres* en una isla, se aísla de todo lo demás. La suspensión del derecho de libertad en la medida que fuere, como pena, es para Kant un asunto tan grave que el filósofo quiere para la pena un criterio racional, *a priori*, que sea indubitable, que sea un mandato *a priori* de la razón. Y Kant cree encontrarlo en el *talión*. Pero al introducir el talión como criterio de la pena, criterio que la pena de muerte por asesinato realiza literal y exactamente y que las penas para otros delitos —como, por ejemplo, del delito de violación— habrán de realizar no literalmente sino por el *efecto* o por la *forma*, Kant, precisamente mediante su teoría de la pena, desconecta el Derecho penal de los artículos 6, 4 y 5 de la Declaración de 1789. Lo hace convirtiendo la pena basada en la ley del talión en la pena «estricta y evidentemente necesaria» de la que habla el artículo 8, con lo cual deja de ser necesario seguir dando vueltas a los artículos 4, 5 y 6 en relación con la pena. Pero esa evidencia se ha volatilizado. Así como la pena de muerte es, en principio, inadmisibles, como entendía Tomás Vives precisamente por razones kantianas, así también por razones kantianas pierde por completo su evidencia el talión

como criterio de la pena, reduciéndose a la indeterminada idea de «proporcionalidad». De este modo, el talión como elemento de desconexión del Derecho penal de aquellos artículos desaparece. Y entonces la tarea de unos fundamentos del Derecho penal, vista desde esta circunstancia del texto de Kant, habría de consistir, aún hoy, primaria y expresamente, en reconectar el concepto de «penas estricta y evidentemente necesarias» con los artículos 4, 5, y 6 de la Declaración de 1789, precisamente a través de una teoría de la pena. Y ello con los medios del pensamiento contemporáneo. En eso estaba Tomás Vives, y esa es, por este lado, su herencia.

Valencia, 21 de marzo de 2023.

Fecha de recepción: 25 de junio de 2023.

Fecha de aceptación: 5 de octubre de 2023.