

Impunitas y el derecho “en sentido subjetivo”

De la excusa al error de prohibición

Carlos Pérez del Valle

Universidad Abat Oliba CEU

Abstract

Kant, en el pasaje de la Metafísica de la Moral sobre el ius necessitatis, indica que en ese caso la impunidad (Unstrafbarkeit) es "subjetiva". El neokantismo y la teoría normativa de la culpabilidad pasaron por alto esta explicación de Kant; la pretensión del trabajo es mostrar que esta referencia a un "derecho en sentido subjetivo" es relevante para definir dogmáticamente causas de excusa (exclusión de la ilicitud penal: no hay castigo para un sujeto imputable que, sin embargo, infringe la norma), y que su contenido es el del "aspecto interno del derecho" de Hart con algunas precisiones efectuadas por Finnis. Causas de excusa son contextos excepcionales en los que la infracción de una norma por parte de un sujeto imputable no representa desautorización del derecho como fuente de orientación de conductas y en las que, por tanto, la imputación de un delito (como injusto penal) no sería razonable. En la definición de estos contextos de excusa, el paradigma es el error de prohibición inevitable.

In dem Abschnitt der Metaphysik der Sitten auf ius necessitatis zeigt Kant, dass in diesem Fall die Strafflosigkeit (Unstrafbarkeit) „subjektiv“ ist. Die neukantianische Philosophie und die normative Schuldlehre verkannten diese Kantische Erklärung. Ziel des vorliegenden Beitrags ist zu zeigen, dass diese Rücksicht auf ein „Recht im subjektiven Sinne“ relevant ist, um die „Entschuldigungsgründe“ dogmatisch zu definieren (Ausschluss des Strafunrechts: keine Strafe für eine zurechnungsfähige Person, die jedoch die Norm verletzt), sowie dass sein Inhalt derselbe ist wie der von Harts „internem Standpunkt des Rechts“ mit einigen Präzisierungen von Finnis. „Entschuldigungsgründe“* sind außergewöhnliche Kontexte, in denen die Verletzung einer Norm durch ein zurechnungsfähiges Subjekt keine Desavouierung des Rechts als Quelle der Verhaltensorientierung darstellt, so dass die Zurechnung eines Verbrechens (als Strafunrecht) nicht vernünftig wäre. Bei der Definition dieser Kontexte ist der unvermeidbare Verbotsirrtum das Paradigma.*

Kant, in the passage of the Metaphysics of Morals on ius necessitatis, suggests that in that case impunity (Unstrafbarkeit) is "subjective." The neo-Kantian philosophy and the normative theory of culpability ignored this explanation of Kant; the aim of this paper is to show that this reference to a "law in the subjective sense" is relevant to define dogmatically the "causes of excuse" (exclusion of criminal unlawfulness: there is no punishment for an imputable subject who, however, violates the norm), and that its content is the same as that of the Hart's "internal aspect of law" with some precisions made by Finnis. "Causes of excuse" are exceptional contexts in which the violation of a norm by an imputable subject does not represent a disavowal of the law as source of behavioral guidance and in which, therefore, the imputation of a crime (as a penal unjust) would not be reasonable. In the definition of these contexts of excuse, the paradigm is the mistake of law, when it is inevitable.

Palabras clave: Impunibilidad, fidelidad al derecho, injusto penal, aspecto interno del derecho, error de prohibición

Stichwort: Impunibilität, Rechtstreue, Strafunrecht, interner Aspekt des Rechts, Verbotsirrt.

Keywords: Impunibilidad, loyalty to law, criminal unlawfulness, internal aspect of law, mistake of law.

Titel: Impunibilität und Recht im subjektiven Sinn. Eine Theorie zur Entschuldigungsgründe als Strafflosigkeitskontexten".

Title: Impunibilität and "Law in subjective Sense. A Theory on Excuse Defenses as Impunity Contexts".

* „Entschuldigungsgründe“ ist die wörtliche Übersetzung der spanischen „causas de excusa“, aber sie sind nicht Ausschlüsse der Schuld als dogmatische Kategorie im engsten Sinne, sondern Ausschlüsse der Strafunrecht.

Sumario

1. A partir del *ius necessitatis*

1.1. *Impunibilitas* en KANT

1.2. ¿*Impunibilitas* neokantiana?

a) Sobre el elemento normativo de la culpabilidad (de DOHNA a WINDELBAND)

b) Excepciones a la prohibición *versus* derecho en sentido subjetivo (STAMMLER)

c) Derecho en sentido subjetivo y método de concreción del derecho (LASK)

1.3. ¿"Derecho en sentido subjetivo" como motivación?

2. "Derecho en sentido subjetivo", "aspecto interno del derecho" e *impunibilitas*

2.2. "Derecho en sentido subjetivo" como "aspecto interno del derecho" (HART)

2.2. El "punto de vista interno del derecho" como condición de la imputación de un injusto penal

a) Dimensiones en el examen del "punto de vista interno del derecho"

b) Aceptación del derecho e *impunibilitas*

c) Propuesta de fundamento de solución: la "disposición permanente de aceptación" (de HOLMES a ARISTÓTELES)

3. *Impunibilitas* del error de prohibición inevitable

3.1. Error de prohibición inevitable y fidelidad al derecho

3.2. Una argumentación sistemática: de nuevo a partir de KANT

4. Recapitulación

5. Bibliografía

1. A partir del *ius necessitatis*

1.1. *Impunibilitas* en KANT

Con frecuencia, la dogmática penal ha prestado atención al pasaje de la Metafísica de la Moral de KANT sobre el *ius necessitatis*: cuando lo explica, alude al riesgo para la vida que no procede de un agresor injusto con el ejemplo del naufragio de Carneades, que priva al otro superviviente de la única tabla que permite la salvación. KANT lo resuelve con una dura crítica a los juristas de la época: "el acto de supervivencia (de autoconservación) no puede ser juzgado como no sujeto a pena (*unsträflich, inculpabile*), sino como no susceptible de ser penado (*unstrafbar, impunibile*); esta impunidad subjetiva es objeto de una sorprendente confusión con una impunidad objetiva (conforme a la ley) por parte de los profesores de derecho"¹.

¹ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1975, p. 73, pp. 235-236. Sobre el derecho de necesidad en sentido estricto dice: "Este supuesto derecho es la facultad de quitar la vida de otro que no me ha hecho nada en el caso de que yo corra el peligro de perder la mía. Salta a la vista en ello una contradicción de la teoría del derecho consigo misma, pues no se trata aquí de un agresor injusto contra mi vida del que yo me defienda privándole de la suya (*ius inculpatae tutelae*), y donde sólo a la ética, y no al derecho, corresponde exhortar a la moderación (*moderamen*), sino de un ejercicio autorizado de la violencia frente a quien no la ha ejercido contra mí. Resulta claro que esta afirmación no ha de ser entendida como objetiva, de acuerdo con lo que una ley prescribe, sino como meramente subjetiva, del

KANT entiende que lo *impunibile* no ha de ser imputado como delito: la conducta del autor en el marco del *ius necessitatis* no es adecuada a derecho en sentido estricto, porque el *ius necessitatis* — que, como la equidad, es *ius equivocum* — no es una exigencia del concepto del derecho²; pero — y esto se sitúa en el plano del derecho penal en sentido estricto — no puede ser penado en tanto concurre una “impunidad subjetiva”³. Precisamente el significado de esta “impunidad subjetiva” y su repercusión dogmática es el objeto de este trabajo, aunque abordar la cuestión exige, al menos, dos precisiones.

1ª La primera precisión es fundamentalmente terminológica, y ha sido expuesta por HRUSCHKA: para KANT, *inculpabile* es lo que en la teoría del delito se consideraría justificado, e *impunibile* lo que en la teoría del delito se entendería por excusado⁴. En otras palabras: el traslado a la dogmática jurídico-penal de lo *inculpabile* es la adecuación a derecho del contexto que excluye la pena, mientras que se habla de lo *impunibile* cuando se renuncia a la imposición de la pena, pese a que subsiste el reconocimiento de la oposición al derecho de la conducta del autor. Al comentar el texto de KANT, HRUSCHKA resalta la naturalidad de esta distinción entre la exclusión de la pena por la adecuación al derecho de la conducta y la exclusión de la pena de conductas cuya oposición al derecho puede afirmarse; como indica, había sido aceptada desde el S. XVIII de forma muy generalizada: la diferenciación entre “*justifiable homicide*” y “*excusable homicide*” aparece ya en las elaboraciones doctrinales de HAWKINS⁵ y es recogida por Adam SMITH⁶, aunque

modo en el que recaería una sentencia en un tribunal. En efecto, no puede existir una ley penal que prevea la muerte para quien, en un naufragio y en el mismo peligro de muerte que otro, arroja a otro de una tabla con la que se ha salvado, para salvarse él mismo; pues la pena con la que la ley le amenazara no podría ser más grave que la pérdida de la vida. Semejante ley penal no tendría el efecto pretendido, ya que la amenaza con un mal, que todavía es incierto (la muerte mediante una resolución judicial) no puede vencer el temor ante un mal cierto (perecer ahogado). Por consiguiente, el hecho de salvar la propia vida mediante el ejercicio de la violencia no debe juzgarse como no sujeto a pena (*inculpabile*), sino como no susceptible de ser penado (*impunibile*); esta impunidad subjetiva es objeto de una sorprendente confusión con una impunidad objetiva (conforme a la ley) por parte los profesores de . El postulado del derecho de necesidad dice lo siguiente: ‘la necesidad no tiene ley (*necessitas non habet legem*)’; al tiempo que, no obstante, no puede existir necesidad que haga conforme a derecho lo que es ilícito”.

² PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand: Zugleich ein Beitrag zur Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, 2002, p. 18.

³ KÜPER, «Es kann keine Not geben, welche, was Unrecht ist, gesetzmäßig machte», *FS-E. A. Wolff*, 1998, p. 288. En todo caso, en el mismo pasaje, aunque ya en relación también con la equidad, indica KANT: “Se ve, en ambas valoraciones jurídicas (tanto en el derecho de equidad como en el derecho de necesidad), la ambigüedad (*aequivocatio*) en la fusión de los fundamentos objetivos y subjetivos del ejercicio del derecho (ante la razón y ante el tribunal), pues lo que alguien reconoce con buenas razones como derecho, no encuentra aprobación por el tribunal, y lo que él mismo debe valorar como injusto, precisamente por ello puede obtener indulgencia; porque el concepto del derecho para estos dos casos no tiene el mismo significado” (*ibídem*). Ciertamente, no tiene el mismo significado en la equidad y en la necesidad que en otros casos; y lo determinante es, sin duda, la significación subjetiva. KÜPER subraya este aspecto en *Immanuel Kant und das Brett des Carneades. Das zweideutige Notrecht in Kants Rechtslehre*, 1999, pp. 13-14, pp. 49 ss.

⁴ Cfr. HRUSCHKA, «Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Carneades bei Gentz und Kant», *GA*, 1991, pp. 1 ss., con citas de la traducción de ROBLES PLANAS, *ADPCP*, 2004, pp. 5 ss.; en el mismo sentido, BYRD, «On Getting the Reasonable Person out of the Courtroom», *Ohio State Journal of Criminal Law*, (2), 2005, pp. 571 ss., 576-577.

⁵ HAWKINS, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, t. I, 1716, pp. 69, 73, respectivamente.

⁶ Adam SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, en *The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith* (ed. de Meek, Raphael, Stein; original de 1762/1763), t. V, 1978, pp. 111, 470.

posiblemente la distinción tenía unos contornos en algo diferentes a los que ahora podrían ser objeto de discusión en la dogmática penal⁷.

En todo caso, el hecho de que el *ius necessitatis* aparezca como un elemento adicional —y, por tanto, extraño— al derecho en sentido estricto no niega, sino que más bien confirma que se habla de algo diferente de la *imputabilitas*: mientras que ésta última es una condición derivada de la libertad de la persona como centro de imputación⁸, aquél es un “acontecimiento contingente del mundo empírico” que representa “un obstáculo interno de la libertad” de la persona en situación de necesidad⁹. Por otro lado, nada tiene que ver la separación entre lo *inculpabile* y lo *impunibile* con el juicio de inimputabilidad, entendido como exigencia previa de la imputación: las consecuencias del juicio que niega la *imputabilitas* del sujeto¹⁰ se sitúan en un nivel diferente del juicio que afirma la *inculpabilitas* o sobre la *impunibilitas* de la conducta. No obstante, en la argumentación de KANT, el *ius necessitatis* se fundamenta de una forma análoga a la *imputabilitas*: *imputabilitas* y *ius necessitatis* se desarrollan en torno a la relación entre libertad exterior y libertad interior.

2ª De aquí deriva la segunda precisión, que es conceptual, y que afecta al punto de partida de la teoría del derecho de KANT: la libertad exterior entendida como “independencia de la voluntad coactiva de otro”. KANT no prescinde de la libertad interior como capacidad de determinación del actuar por la pura razón¹¹, pero el centro en su comprensión del derecho es la libertad exterior, porque constituye la base de su generalización del imperativo categórico. Es obvio que la *imputabilitas* está excluida cuando los obstáculos internos impiden afirmar la existencia de la libertad exterior: la inimputabilidad del menor de edad o del enfermo mental grave, como imposibilidad de afirmar su libertad exterior, se funda en la ausencia de libertad interior. Pero también la exclusión de la punibilidad (*impunibilitas*), que KANT propone en el *ius necessitatis* para estos casos, trata también de obstáculos internos a la libertad exterior. En efecto, para KANT, la conducta del autor en el marco del *ius necessitatis* no es adecuada a derecho en sentido estricto, porque el *ius necessitatis* no es una exigencia del concepto del derecho¹²; pero, con todo, esa conducta no puede ser imputada como delito ni castigada con una pena porque concurre una “impunidad subjetiva”¹³. Precisamente KANT, como se ha indicado antes, acusa a los “profesores de derecho” de haber incurrido en una confusión ¿Cuál es la confusión que KANT denuncia? A mi juicio, KANT reprocha a los juristas el análisis indiferenciado de esta “impunidad subjetiva”, fundada en el “derecho en sentido subjetivo”, y la “impunidad objetiva” fundada en la “conformidad con la ley”. Esta ley que permite en torno a la cual se define qué comportamientos son adecuados a la ley, responde a la “regla general del derecho”, que se funda en la libertad exterior: “actúa externamente de tal modo que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir

⁷ Con razón, HRUSCHKA, subraya el interés del texto de GENZT, que es el punto de partida de sus reflexiones, en la medida que la terminología es muy próxima a la actual, sin perjuicio de que la solución procediera de KANT (ADPCP, 2004, pp. 16-17 y nota 35).

⁸ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, «Imputabilitas y teoría de la imputación», *InDret*, (2), 2015, pp. 1 ss.

⁹ KÜPER, FS-E. A. Wolff, 1998, p. 293 ss.; también PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 18.

¹⁰ PÉREZ DEL VALLE, *InDret*, (2), 2015, pp. 24 ss.

¹¹ HRUSCHKA, «Kant Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechtes», *JZ*, 2004, p. 1086.

¹² PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 18.

¹³ KÜPER, FS-E. A. Wolff, 1998, p. 288.

conjuntamente con la libertad de todos los demás, de acuerdo con una ley general”¹⁴. La “impunidad subjetiva”, sin embargo, se conforma en relación con un “derecho en sentido subjetivo” que es diferente a esta regla general del derecho, pero que no es “subjetivo” como relativo al sujeto (*imputabilitas*).

1.2. ¿*Impunibilitas neokantiana*?

a) Sobre el elemento normativo de la culpabilidad (de DOHNA a WINDELBAND)

No obstante, un indicio podría encontrarse en la distinción de DOHNA entre “imputabilidad natural” (capacidad de culpabilidad) e “imputabilidad técnica” (capacidad de pena): precisamente la “imputabilidad técnica”, como ausencia de “causas legales de exclusión de la imputación”¹⁵, conducía a DOHNA a interrogarse por el elemento normativo de la culpabilidad¹⁶, que era distinto de las condiciones en las que un sujeto es “naturalmente” imputable. Desde luego, DOHNA agrupa la imputabilidad natural y técnica como lo “subjetivo” en un sentido kantiano; y de la mano de la “imputabilidad técnica” acude al elemento normativo de la culpabilidad (lo que es propio de la *impunibilitas*)¹⁷ en un ámbito tradicionalmente subjetivo como la culpabilidad¹⁸. Si, para los partidarios de la teoría normativa de la culpabilidad, esto implica o no “derecho en sentido subjetivo” tal como lo observa KANT, es algo que debería ser examinado en la filosofía del derecho neokantiana. Por esa razón, creo útil una indagación sobre si el concepto del “derecho en sentido subjetivo” de KANT está presente en el neokantismo, cuyas bases en desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad sobre el estado de necesidad¹⁹ parecen claras²⁰.

¹⁴ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1990, p. 230.

¹⁵ DOHNA, «Die Elemente des Schuldbegriff», *GS*, (65), 1905, p. 308; han de subrayarse aquí dos cuestiones colaterales a la exposición del texto, pero no exentas de importancia: la primera, el distanciamiento explícito de la distinción entre imputabilidad natural y criminal de los hegelianos y, especialmente, de BERNER (*loc. cit.*, nota 1); la segunda, el reconocimiento explícito de que “también los incapaces de culpabilidad pueden actuar en forma culpable”. Esta última afirmación se ha reconocido con frecuencia como una manifestación muy temprana de DOHNA como precedente de la teoría final de la acción.

¹⁶ DOHNA, *GS*, (65), 1905, p. 310.

¹⁷ Dejo de lado el examen del contenido de la “imputabilidad natural”, pese a que posteriormente, en el texto, he de referirme a su distinción entre norma y valoración en relación con WINDELBAND. Es posible que haya también aquí un efecto de la distinción entre ciencias de cultura y ciencias naturales que había propugnado RICKERT (en *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6ª/7ª ed., 1926) y que luego fue base del planteamiento de M. E. MAYER sobre las “normas de cultura”; la proximidad en este aspecto entre WINDELBAND y RICKERT es obvia, y es una de las bases de la escuela sudoccidental neokantiana. Sobre la relación de RICKERT con M. E. MAYER, vid. PÉREZ DEL VALLE, «¿Filosofía versus política criminal?», *CPC*, (117), 2015, pp. 109-110.

¹⁸ Una exposición sucinta pero ilustrativa sobre las diferentes visiones del concepto desde la extensión de FRANK o RADBRUCH a MEZGER, con explicación también de las posiciones de GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL y Eb. SCHMIDT, en JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 17/7 ss. En particular con el aspecto de la inexigibilidad y con referencias también a SAUER o M. E. MAYER, a quienes ahora no me voy a referir directamente, en PÉREZ DEL VALLE, «La discusión actual sobre la delincuencia por convicción», *CPC*, (71), 2000, pp. 380 ss.

¹⁹ STAMMLER, en un estudio sobre el estado de necesidad, que no puede ser considerado ajeno a la discusión ulterior sobre la concepción normativa de la culpabilidad, había reconocido de forma explícita la oposición entre lo *inculpabile* y lo *impunibile* en KANT. Cfr. STAMMLER, *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, 1878, p. 37: para KANT, en una colisión entre vida y vida, “sería una autotutela ciertamente antijurídica, pero no punible, *impunibile*, no *inculpabile*”; por tanto, lo *inculpabile* es lo no contrario a derecho.

²⁰ Sin olvidar, en todo caso, que hablar de teoría normativa de la culpabilidad es una referencia mucho más homogénea que la relativa a la filosofía del derecho neokantiana. A la clásica separación entre la escuela

Ciertamente, DOHNA intentó fundar el elemento normativo que observaba en la culpabilidad en el imperativo categórico kantiano (“actúa de forma que tu comportamiento pudiera convertirse en máxima general”)²¹: se trataría de un comportamiento que el propio agente establece para sí como fin general, y, sin embargo, es considerado por los otros como simple medio para sus propios fines²². Pero para afirmar la culpabilidad –y “cuando declaramos a alguien culpable, le hacemos responsable de ello” – de un comportamiento humano se necesita una norma²³. Hasta aquí, me parece claro que DOHNA ha observado el problema: el sujeto establece una conducta como fin general, pero ésta no se adecuaba al derecho en sentido objetivo; como en la culpabilidad coexiste un juicio ético junto al psicológico²⁴ y el contenido de la voluntad ha de considerarse en un sentido normativo (el delito es siempre voluntad contraria al deber en función de la motivación²⁵): es preciso determinar en qué consiste la contradicción con el deber propio de la misma culpabilidad²⁶. Lo que no es claro es, precisamente, el contenido de esta contradicción o, mejor dicho, cuándo puede afirmarse que esta contradicción no existe: la simultaneidad del juicio psicológico y el ético en una perspectiva normativa –esto es: teoría normativa de la culpabilidad – aporta, en mi opinión, un marco en la motivación, pero no un fundamento.

Podría apuntarse la posibilidad de que DOHNA tomase esta fundamentación de WINDELBAND²⁷, a quien cita especialmente en uno de los escritos en que éste último trata de resolver el problema que plantea el dualismo kantiano entre norma y naturaleza²⁸. En su punto de partida estaba,

sudoccidental y la escuela de Marburgo, se unen las discrepancias en aspectos fundamentales –precisamente en la relación entre derecho y moral– entre diferentes autores; en ese sentido, por ejemplo, la discrepancia COHEN-STAMMLER-NATORP, a la que se suma explícitamente BINDER, y que es descrita por MÜLLER, *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neokantianismus*, 1994, pp. 8 ss.

²¹ DOHNA, *GS*, (65), 1905, p. 316. No obstante, se trata de la formulación del imperativo categórico como fundamento de la moral y no significa afirmar que el concepto de la “regla general del derecho” de KANT, al que ya se ha hecho referencia, sea un imperativo categórico o hipotético, pese a que “no siempre KANT distinguió cuidadosamente ley e imperativo” (cfr. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, pp. 8-9). Sobre este tema, y casi simultáneamente a KERSTING, KÜHL llamó la atención sobre la relevancia de HAENSEL, quien en *Kants Recht vom Widerstandsrecht*, 1926, p. 13, ya había sostenido que el desarrollo del concepto del derecho desde el imperativo categórico era una conclusión “algo cogida por los pelos/*etwas knapp gefaßt*” (cfr. KÜHL, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung*, 1984, pp. 53-54).

²² DOHNA, *GS*, (65), 1905, p. 316.

²³ DOHNA, *GS*, (65), 1905, p. 316.

²⁴ DOHNA, *GS*, (65), 1905, pp. 308-309.

²⁵ DOHNA, *GS*, (65), 1905, p. 312.

²⁶ DOHNA, *GS*, (65), 1905, p. 315.

²⁷ La relevancia de WINDELBAND, en este sentido, viene determinada porque constituye uno de los intentos neokantianos de construcción del derecho en un sentido positivo, junto con LASK y con STAMMLER. Cfr. Erich KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921, p. 55, aunque con una crítica diferenciada respecto a STAMMLER. En todo caso, se trata de procedencias distintas: STAMMLER está vinculado a la escuela de Marburgo, mientras que WINDELBAND y LASK directamente se encuadran en el ámbito de la escuela Sudoccidental; STAMMLER es jurista (profesor de Filosofía del Derecho, Historia del Derecho y Derecho civil), mientras que LASK y WINDELBAND son filósofos que prestan una atención preferencial al derecho en un momento determinado; algunas reflexiones especiales caben en relación con LASK, y a él me referiré más adelante. En todo caso, en una comparación, podría decirse que STAMMLER es a la Escuela de Marburgo lo que RADBRUCH a la Escuela Sudoccidental (en un sentido próximo a esta comparación, OLLIG, *Der Neokantianismus*, 1979, pp. 136 ss.), también en la divergencia respecto de las primeras fuentes en su formulaciones iniciales o en la evolución de su pensamiento ulterior.

²⁸ Cfr. WINDELBAND, «Normen und Naturgesetze», en EL MISMO, *Präliminarien-Aufsätze und Reden zur Einleitung der Philosophie*, 3ª ed., 1907, pp. 279. ss. (las citas de DOHNA en *GS*, (65), 1905, son de la edición anterior, de 1902, que reúne un menor número de trabajos y, por ello, la paginación es diferente). WINDELBAND dice explícitamente al final de este trabajo, que KANT, “el gran fundador de la filosofía crítica”, al contraponer el reino de las normas al

como es razonable en un kantiano, el concepto de libertad que echa sus raíces en la conciencia: libertad es la subordinación consciente de todos los impulsos a la norma moral conocida²⁹; es la libertad con la cual la conciencia individual convierte en máxima de su actuación una norma conocida y reconocida³⁰. La responsabilidad del agente no puede apoyarse sin más en el principio de que el sujeto “podía haber actuado o haber querido actuar de otra forma”, que implica una visión abstracta; en concreto, el individuo actúa por una motivación concreta que explica que actuó como lo hizo, de forma real y concreta, y esto es lo que le hace responsable³¹. Y aunque la atribución de responsabilidad implica siempre un proceso causal³², al que se refiere el juicio respecto a la norma, tiene siempre un fin: la primacía de la norma³³ y, con ella, una función pedagógica de la vida privada y pública, en la que se transmite el sentimiento de aversión en la desaprobación de la infracción de la norma y se posibilita al autor que aprenda a seguirla³⁴. En otras palabras: el fin de la atribución de responsabilidad es pedagógico, en una perspectiva tanto individual como social; la finalidad aporta, al proceso normativo, la base de una valoración en el juicio que atribuye responsabilidad. En suma: el planteamiento pedagógico y el intento de resolución concreta del problema³⁵ permiten afirmar que WINDELBAND deja de lado el problema de la categoría (*impunitas*) y de su fundamento (“derecho en sentido subjetivo”), y no parece posible que la referencia a la motivación de DOHNA pudiera tener ese anclaje.

b) Excepciones a la prohibición *versus* derecho en sentido subjetivo (STAMMLER)

STAMMLER, que –como WINDELBAND– pretende definir positivamente la idea del derecho³⁶, había reconocido muy pronto de forma explícita la oposición entre lo *inculpabile* y lo *impunitabile* en

reino de la naturaleza, y “para poner de relieve, en el flujo de lo que surge y de lo que se infringe, el valor de las normas fundado en sí mismo de las normas, (...) creó con ello un dualismo cuya superación debería ser la tarea más relevante de quienes le han seguido” (*op. cit.*, p. 316).

²⁹ WINDELBAND, en EL MISMO, *Präludien-Aufsätze und Reden zur Einleitung der Philosophie*, 3ª ed., 1907, p. 306. Aunque “para la persona de cultura adulta no existe sólo una conciencia moral, religiosa, ningún perjuicio sensible directo se deriva de una lesión de un deber lógico o estético” (*op. cit.*, p. 283).

³⁰ WINDELBAND, en EL MISMO, *Präludien-Aufsätze und Reden zur Einleitung der Philosophie*, 3ª ed., 1907, p. 307.

³¹ WINDELBAND, en EL MISMO, *Präludien-Aufsätze und Reden zur Einleitung der Philosophie*, 3ª ed., 1907, p. 312.

³² DOHNA, citando a WINDELBAND, alude a la causalidad de la personalidad (cfr. GS, [65], 1905, p. 318).

³³ WINDELBAND, en EL MISMO, *Präludien-Aufsätze und Reden zur Einleitung der Philosophie*, 3ª ed., 1907, pp. 313-314.

³⁴ WINDELBAND, en EL MISMO, *Präludien-Aufsätze und Reden zur Einleitung der Philosophie*, 3ª ed., 1907, p. 314.

³⁵ Este planteamiento muestra, a mi juicio, proximidad a NATORP, aunque en este caso se trate de un autor de la escuela de Marburgo: para NATORP, la pedagogía es la filosofía concreta y “la filosofía no es otra cosa que la pedagogía” (cfr. MÜLLER, *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neokantianismus*, 1994, pp. 36 ss.): En efecto, la ética de NATORP deriva del imperativo categórico y no abandona la base formalista de la ética kantiana (NATORP, «Grundlinien einer Theorie der Willensbildung (Erstes Stück)», *Archiv für systematische Philosophie*, [1], 1895, pp. 98-100); pero quiere romper con el “rígido dualismo” que implica desconocer que “el sujeto cognoscente es también el sujeto que quiere; y no puede desarrollar su conocimiento sin, simultáneamente, desarrollar la voluntad, y a la inversa” (NATORP, *Sozialpädagogik. Theorie der Willenserziehung auf der Grundlage der Gemeinschaft*, 1899, p. 67) y, por ello, la ética concreta es “experiencia práctica” (*op. cit.*, p. 66). En ese contexto, sería posible entender también la imputación moral como pedagógica.

³⁶ Cfr. Erich KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921, p. 55, a quien ya se ha citado respecto a WINDELBAND. A mi juicio, Erich KAUFMANN vio que los presupuestos de los neokantianos en la teoría del derecho tenían un escaso asentamiento en la ética –evidentemente, en la ética kantiana– y percibía como un mérito esta intención de construcción positiva. No obstante, considera que STAMMLER, para poder concretar una medida de valoración en un sentido estrictamente formal, convierte el derecho justo y su “ideal social” en meras tautologías (lo había explicado antes, en *op. cit.*, pp. 16-17).

KANT³⁷ en el sentido ahora indicado. Pero el posicionamiento de STAMMLER sobre KANT en este momento aporta poca luz en relación con lo subjetivo del derecho, y no sólo porque no cita siquiera el razonamiento de KANT sobre la cuestión. Ciertamente, su conclusión —que apoya en HEGEL— de que todo estado de necesidad es justificado³⁸ no requiere la diferenciación entre el sentido objetivo y subjetivo del derecho; pero tampoco se interesa por la distinción cuando critica la solución de KANT. A STAMMLER sólo le interesa la consecuencia, que es la mera afirmación de la *impunibilitas*, incompatible con la afirmación de que el comportamiento es adecuado al derecho, y que entiende absolutamente contradictoria con la concepción de la ley penal como un imperativo categórico y, por tanto, como una concesión a la teoría de la pena de FEUERBACH³⁹. La confirmación aparece cuando examina críticamente a FICHTE: “alcanza el mismo resultado que KANT, pero siguiendo otro camino; también él entiende la colisión entre vida y vida como un estado de necesidad disculpante, pero la ponderación queda del todo fuera del campo del derecho”⁴⁰. Es discutible, sin embargo, que el camino sea tan diferente: FICHTE afirma que “no existe ley positiva que, para la conservación de la vida de otro, sacrifique la mía; pero tampoco es antijurídico —esto es, no se enfrenta al derecho positivo— que el otro conserve su vida al precio de la mía”⁴¹. En realidad, el problema planteado por FICHTE es idéntico, y la solución similar, pues precisamente KANT lo deja fuera de la teoría del derecho en sentido estricto, como *ius aequivocum*: lo único que permitiría que quedase dentro del derecho es la significación subjetiva del derecho a la que aludo desde un primer momento. A mi juicio, STAMMLER no sólo se separa de KANT en este aspecto⁴²; al pasarlo por alto, niega también interés al argumento sobre el sentido “subjetivo” del derecho.

³⁷ STAMMLER, *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, 1878, p. 37: para KANT, la decisión por una vida en colisión con otra “sería una autotutela ciertamente antijurídica, pero no punible, *impunibile*, no *inculpabile*”; por tanto, lo *inculpabile* es lo no contrario a derecho.

³⁸ STAMMLER, *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, 1878, pp. 74 ss., sin distinción entre el conflicto entre intereses de desigual o de similar valor, y comprendiendo la vida en estos casos, porque el derecho a la vida “no es un derecho absoluto, como piensa Hegel, pues ante él no han de ceder cualquier otra consideración, pues se sacrifica la vida por el bien común o la salvación de la Patria, o el Estado priva de la vida al delincuente para el fin de la pena” (p. 76). Antes ya ha resuelto, tras la crítica a la que me he de referir después en el texto, una interpretación del estado de necesidad como derecho subjetivo a partir del § 127 de los *Grundlinien* de HEGEL (“*in der Kollision mit dem rechtlichen Eigentum eines anderen hat ein Nothrecht [nicht als Billigkeit, sondern als Recht] anzusprechen*”), a quien reconoce como “auténtico creador del derecho de necesidad” (p. 49) y, en esa línea busca apoyo en autores hegelianos. En este punto, de nuevo deja de lado que BERNER, *De impunitate propter summam necessitate proposita*, 1861, pp. 12 ss., cuando muestra una visión contraria a la que propone sobre la base de la inexigibilidad de comportamientos heroicos (se apoya precisamente en el caso de la tabla de Carneades citando en este caso a CICERÓN (“*naufragi duo eandem tabulam in aequore natantem arripiunt quae non nisi alterum sustinere potest: tum alter, ne ipse obeat, alterum de tabula depellit*”, *ibídem*) que sirve de ejemplo a KANT.

³⁹ STAMMLER, *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, 1878, pp. 45-46. Aunque nada dice de forma explícita, es claro que se refiere al argumento de KANT en el sentido de que la ley no tendría el “efecto pretendido”, porque “la amenaza con un mal, que todavía es incierto (la muerte mediante una resolución judicial) no puede vencer el temor ante un mal cierto (perecer ahogado)” (vid. nota 1).

⁴⁰ STAMMLER, *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, 1878, p. 37. FICHTE, *Grundlagen des Naturrechts*, 1797, pp. 85-86, en efecto, se apoya también en el caso de la tabla de los naufragos y lo trata como una “mera causalidad natural”.

⁴¹ FICHTE, *Grundlagen des Naturrechts*, 1797, p. 86.

⁴² A mi juicio, esta dirección de STAMMLER, que pretende reducir toda la teoría de KANT sobre el estado de necesidad al pasaje del *ius necessitatis*, es la seguida por PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 19 ss., que también parte de una comparación con la defensa necesaria entendida como deber; la aproximación de COCA VILA sobre las “razones de la obligación” en el conflicto de deberes en KANT muestra que esta reducción es incorrecta, porque el estado de necesidad queda resuelto en el derecho y el caso del *ius necessitatis* es *ius*

Tiempo después, en una perspectiva que denomina teórica⁴³, STAMMLER se limita a abordar la positivización de las excepciones a la prohibición⁴⁴ en la consecución del “derecho justo”. Indica, por una parte, que no es una exigencia del “derecho justo” (*das richtige Recht*)⁴⁵ la renuncia a dejar sin efecto ciertas amenazas de pena que se han transmitido a lo largo de la historia y que son injustas: si la amenaza de la pena de la ley positiva es excesiva, habrá que cambiar la ley⁴⁶. La resolución en la determinación del derecho justo tiene lugar de modo inmediato, como sucede en situaciones de necesidad⁴⁷, en las que el derecho ha ido concretando tipos de casos que establecen ponderaciones⁴⁸. Es cierto que, en algunos casos, STAMMLER admite que esta solución no es posible, pero entonces acude a “la fundamentación objetiva del derecho de gracia como medio del derecho justo frente a la mera regla positiva”⁴⁹. Esta apelación al derecho de gracia implica, en

aequivocum y no derecho en sentido estricto (*La colisión de deberes en derecho penal*, 2016, pp. 176-179). Además, en el análisis de HRUSCHKA («Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre», *ZStW*, [115], 2003, pp. 201 ss.) sobre la defensa necesaria en KANT se muestra que esta perspectiva no es correcta en distintos niveles: porque se prescinde de los deberes jurídicos primarios en la teoría del derecho (*op. cit.*, pp. 204 ss.) que permite incluso explicar la legítima defensa, en la tradición en que se sitúa KANT, como un deber derivado del mandato *honeste vive* (*op. cit.*, pp. 208 ss., p. 212, nota 26); porque se deja de lado el carácter provisorio de la defensa necesaria en el estado de naturaleza (*op. cit.*, pp. 216-217, y críticamente en relación a PAWLIK en nota 49); y, finalmente, porque en el estado civil de KANT, la defensa puede ser incluso considerada una variante del estado de necesidad (*sic.*: “*daß Kant die Notwehr als eine Variante des Notstands ansieht*”), con una cita de las Reflexiones a Baumgarten: “*Die Notwehr ist die einzige Casus necessitatis gegen den Beteiligter*” (*op. cit.*, p. 220, nota 77). HRUSCHKA subraya además otro aspecto no irrelevante: la diferencia entre defensa y necesidad es que en una existe un deber y en otra una recomendación estaría apoyada en una comprensión de la palabra “*Anempfehlung*” en el sentido actual de “*Empfehlung*” (*op. cit.*, p. 214, nota 50), que no sería adecuada para una interpretación correcta de KANT, y cuya visión como deber tendría fundamento filológico.

⁴³ Cfr. STAMMLER, *Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, pp. 12 ss.; especialmente en p. 14 reconoce que es una teoría del método. Este planteamiento, que abandonaba la vinculación con la ética, fue rechazado de inmediato por COHEN en la primera edición de *Ethik des reinen Willens* en 1904 (cfr. MÜLLER, *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neokantianismus*, 1994, p. 15) con alusiones explícitas al libro de STAMMLER sobre el derecho justo; COHEN comienza así la frase en p. 214: “*Es darf es keiner Weise zugestanden werden, was Stammler in seinem Buche von Richtigen Rechte unternimmt, das Recht richtig zu machen, ohne den Grund der Richtigkeit in der Ethik festzulegen und festzuhalten*”). En la tercera edición (*Ethik des reinen Willens*, 1921) ya no aparece el nombre de STAMMLER, aunque sí el rechazo de la teoría: “*Es darf in keiner Weise zugestanden werden, was der Gedanke des Richtigen Rechtes unternimmt, das Recht richtig zu machen, ohne den Grund der Richtigkeit unzweideutig in der Ethik zu suchen*” (*op. cit.*, p. 227); evidentemente, la separación de sus puntos de vista estaba motivada porque la posición teórica del derecho justo de STAMMLER dejaba de lado la posición fundamental de la ética, y llegaba a una distinción entre ética privada y social que COHEN considera inadmisibles (*op. cit.*, pp. 227-228). A mi juicio, este dualismo radical se encuentra precisamente en la fundamentación de los penalistas partidarios de la teoría normativa de la culpabilidad que rechazan cualquier presupuesto metafísico, como se ha de ver posteriormente.

⁴⁴ STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1922, p. 97: en el derecho positivo de las excepciones a la prohibición, STAMMLER no diferencia entre legítima defensa necesaria y los excesos no punibles que han sido motivados por miedo; lo que interesa a STAMMLER en este momento es únicamente el hecho de que, ante proposiciones generales como la prohibición de matar, el derecho positivo establece excepciones.

⁴⁵ STAMMLER, *Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, p. 15: “derecho justo (*richtiges Recht*) es el derecho que en una posición concreta coincide absolutamente con la idea fundamental del derecho”.

⁴⁶ STAMMLER, *Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, p. 490. En todo caso, es posible que haya leyes penales que no caben en el “derecho justo” — porque la regulación jurídica es una forma más de regulación social (*op. cit.*, p. 112). La contraposición del “derecho justo” de STAMMLER al iusnaturalismo —que de forma muy aguda sitúa exclusivamente en el tomismo (*op. cit.*, p. 114)— abunda en ese sentido: lo que caracteriza la teoría del derecho justo es que se trata tan sólo del método de determinación de lo justo en un determinado derecho.

⁴⁷ Por ejemplo, STAMMLER, *Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, p. 290, cuando la regulación del estado de necesidad permite definir “quién es mi prójimo” (la pregunta, en *op. cit.*, p. 285).

⁴⁸ STAMMLER, *Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, p. 574.

⁴⁹ STAMMLER, *Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, p. 132, alude a noticias de sentencias de tribunales de los “vecinos del oeste” —se supone que de tribunales franceses— que absolvían a sujetos que infringieron la ley en caso de necesidad urgente para ellos o para sus hijos; por ese motivo por el que se refiere al derecho de gracia como opción, precisamente en un caso próximo al del *ius aequivocum* de KANT. No obstante, “la gracia es la

cierto modo, que su solución del estado de necesidad a partir del reconocimiento de un derecho subjetivo no ha resuelto todos los problemas; pero, también y en cualquier forma, que la teoría normativa de la culpabilidad, al intentar resolver dentro del sistema el dilema de la inexigibilidad, no podía apoyarse en STAMMLER.

c) Derecho en sentido subjetivo y método de concreción del derecho (LASK)

Regreso, por esta razón, al pasaje de KANT, aunque más allá del ejemplo de la tabla de Carneades: la exención “subjetiva” de la pena que no excluye la infracción del derecho ni, por tanto, el carácter antijurídico del comportamiento, aunque se trata de un comportamiento de un agente libre. HRUSCHKA destaca, en ese sentido, la ineludible conexión entre dos aspectos del razonamiento de KANT: “la contradicción interna de la teoría del derecho consigo misma” que implica el “ejercicio autorizado de la violencia frente a quien no la ha ejercido contra mí”; y el hecho de que “esta afirmación no ha de ser entendida como objetiva, de acuerdo con lo que una ley prescribe, sino como meramente subjetiva, del modo en el que recaería una sentencia en un tribunal”. En suma: KANT no se refiere a la solución al *ius necessitatis* como un “derecho subjetivo”⁵⁰, pues de hacerlo así no podría ser un *ius aequivocum*⁵¹, que suele puede ser resuelta en la sentencia.

La perspectiva es, entonces, la del método de concreción del derecho. Precisamente en un enfoque metodológico cuando LASK⁵² hace una consideración explícita del “derecho en sentido subjetivo”, aunque al abordar la cuestión en una perspectiva metodológica: “la metodología jurídica en sentido amplio, como crítica de la formación de conceptos tanto jurídicos como científico-jurídicos, tiene dos temas principales: investiga en primera línea la posición del derecho y de la jurisprudencia en el sustrato cultural y de la vida prejurídica; así como la acuñación del

activación del derecho justo sin coacción jurídica, meramente sobre el fundamento del deber moral” (*op.cit.*, p. 144); en realidad, el derecho de gracia puede ser un instrumento del derecho justo, pero el hecho de que su fundamento esté ligado a razones sociales explica que la moral es, precisamente, su única garantía.

⁵⁰ Es obvia la necesidad de diferenciar esta idea de “derecho subjetivo” como facultad, pues no es el sentido que le atribuye KANT. Cfr. en ese sentido los contornos conceptuales indicados por ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., 1983, p. 22, nota 18, quien subraya que las proposiciones normativas que los garantizan fundamentan derechos y deberes; y que se niega a admitir incluso que una causa de justificación como la legítima defensa implique un derecho subjetivo, en la medida que supone sólo una significación negativa (excepción a la prohibición de lesión a terceros). En todo caso, ni siquiera aparece en el *ius necessitatis* como la autorización con significación negativa, porque ésa implica el deber de soportar la actuación justificada por parte de terceros, y esto no sucede en ningún caso.

⁵¹ En todo caso, puede discutirse si el hecho de que el reconocimiento del derecho subjetivo depende o no de la declaración del derecho objetivo afecta a su autonomía conceptual; ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., 1983, p. 22, nota 23, sostiene la dependencia porque la garantía del derecho sólo es posible cuando se asienta sobre una constelación de imperativos y, en todo caso, de la existencia de mandatos y prohibiciones (*op.cit.*, p. 26).

⁵² El tema del derecho es, en LASK, esencial: ya sobre ello había versado su escrito de habilitación (EMUNDT, «Emil Lask on Judgment and Truth», *The Philosophical Forum*, [39], 2008, p. 263); pero además es evidente en la influencia en RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., 1956, particularmente en el capítulo introductorio sobre “Realidad y valor”, (*op.cit.*, pp. 91 ss.); esto es reconocido implícitamente por WELZEL, que en su crítica al neokantianismo le dedica una atención primordial (*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, pp. 60-62). Pero, pese a que la obra de LASK fue limitada por su temprano fallecimiento en la I Guerra —muere sin haber cumplido 35 años en 1915— la influencia de otras obras en el ámbito filosófico es también indiscutible, especialmente en HEIDEGGER, que lo admite explícitamente, por ejemplo, en *Sein und Zeit*, 1953, p. 218, nota 1. En ese sentido, BEISER afirma: “alongside Windelband and Rickert, Lask was one of the triumvirate who led Southwestern or Heidelberg Neo-Kantianism” («Emil Lask and Kantianism», *The Philosophical Forum*, (39), 2008, p. 283).

material prejurídico en conceptos jurídicos; y en segunda línea la relación sistemática de los conceptos jurídicos entre sí o la sistemática de la jurisprudencia⁵³. El “derecho en sentido objetivo” es el derecho formulado en codificaciones o como un complejo de normas; el “derecho en sentido subjetivo” es, sin embargo, el derecho entendido en forma de relaciones jurídicas “individuales, concretas”, comprendidas en la vida real en su variedad e individualidad⁵⁴. En una primera aproximación, reconoce LASK que el intento de sutura entre contenidos abstractos e instituciones concretas viene de la mano de los esfuerzos por desarrollar la complejidad de los “hechos jurídicos” o de los “tipos”⁵⁵.

Esta visión le lleva a enlazar con la necesaria vinculación del derecho al mundo de lo psíquico⁵⁶, aunque reconoce su deficiencia y la necesidad de integrar factores sociales metajurídicos en la formación de conceptos del derecho⁵⁷. De hecho, inmediatamente después, trata también al resolver la cuestión de la relación entre ética y derecho en una perspectiva similar: para evitar malentendidos en la compenetración del mundo del derecho concretizado y la realidad viva, propone de forma general un tratamiento teleológico de la psicología y sobre conceptos vinculados a la ética como actividad de la voluntad contraria al deber, dolo, responsabilidad o libertad de voluntad. De ese modo, la cuestión de lo “prejurídico” residiría en los valores y lo metodológico en la comparación entre conceptos filosóficos y empíricos⁵⁸.

Ciertamente en LASK se pretende construir el derecho positiva y sustancialmente –no de modo meramente negativo y formal– sobre el “mínimo ético”⁵⁹. Podría indicarse que, tal vez, tras ese “mínimo ético” está la explicación de la impunidad en el caso del *ius necessitatis*: se trataría de comportamientos cuyo castigo equivaldría a exigir a los sujetos más de lo que éticamente están obligados a hacer, y esto sólo puede resolverse metodológicamente en un plano subjetivo-interno; se trataría de una normativización de la realidad y, por tanto, también de la realidad subjetiva, a través de la psicología empírica; en consecuencia, también en el examen de la motivación.

⁵³ LASK, «Rechtsphilosophie, FS-Kuno Fischer, t. II, 1925, pp. 305-306.

⁵⁴ LASK, FS-Kuno Fischer, t. II, (Separata), 1925, pp. 1 ss., pp. 308 ss.

⁵⁵ LASK, FS-Kuno Fischer, t. II, 1925, pp. 309-310. En el ámbito del derecho penal cita a HOLD VON FERNECK, quien advierte que, pese a la mezcla entre el “substrato real” y la “parte jurídica”, ésta nunca pierde su carácter abstracto “a pesar de su concretización”.

⁵⁶ LASK, FS-Kuno Fischer, t. II, 1925, p. 310: “El ser psíquico, en la consideración del derecho, tiene el mismo significado que un mero material del mundo práctico de la acción, como el mundo corporal”; en p. 311 subraya la necesidad, en una perspectiva metodológica, de diferenciación entre elementos psicológico-naturales y teleológicos.

⁵⁷ LASK, FS-Kuno Fischer, t. II, 1925, pp. 311-312: reconoce en la teoría de la causalidad adecuada del derecho penal un reconocimiento de la insuficiencia de los métodos psicologicistas, y la integración de estos factores en la previsibilidad.

⁵⁸ LASK, FS-Kuno Fischer, t. II, 1925, p. 312; también en el tema de la persona jurídica, que aborda a continuación: “en ningún caso significa ‘Persona’ una ficción; en ambos casos una abstracción científica” (*op. cit.*, p. 313).

⁵⁹ WINDELBAND, *Einleitung in die Philosophie*, 2ª ed., 1920, p. 327: “Daher gilt die Definition Jellineks: das Recht ist das ethische Minimum”; LASK, FS-Kuno Fischer, t. II, 1925, p. 20: “das Recht zwar die abstrakteste und formalste Gestalt innerhalb des sozialen Werttypus, aber doch immerhin schon ein Minimum des Gemeinethos repräsentieren soll”. Este aspecto es destacado de forma conjunta en ambos autores por Erich KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921, p. 55. La idea de “mínimo ético”, como es sabido e indica WINDELBAND, procedía de JELLINECK, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1878, p. 42, “das Recht ist nichts anderes als das ethische Minimum”).

1.3. ¿“Derecho en sentido subjetivo” como motivación?

A mi juicio, sin embargo, no hay un paso más allá: sigue sin explicarse, en la perspectiva del derecho, por qué comportamientos que lo infringen en la forma que las leyes prevén la imposición de una pena, no son finalmente castigados. Y, en todo caso, esto sucede porque el razonamiento sobre el derecho en sentido subjetivo se aleja, según creo, de las valoraciones que sobre él hace KANT. En lo expuesto hasta aquí se observa, por una parte, que los filósofos neokantianos que trataron de dar un contenido positivo al derecho habían otorgado escasa importancia a las manifestaciones de KANT sobre la “impunibilidad subjetiva”; por otra, que la teoría normativa de la culpabilidad difícilmente podía encontrar soporte teórico en autores que no fundamentaban su posición o que — como en el caso de STAMMLER — negaban su presupuesto esencial. Tal vez lo más paradójico de este razonamiento es que KANT intentaba precisamente dar solución a un tipo de contexto: el *ius necessitatis*, que era el modelo asumido por la teoría normativa de la culpabilidad, y a partir del cual desarrolla la idea de inexigibilidad⁶⁰; pero la filosofía neokantiana no presta demasiada atención a los argumentos del pasaje de KANT.

En ese sentido, resulta esclarecedora la exposición de la teoría del derecho de KANT por parte de un neokantiano como COHEN⁶¹, porque muestra algo que creo muy relevante, y en lo que he incidido ya antes: en KANT, el derecho de necesidad queda fuera del marco del derecho en sentido estricto⁶². Por un lado, la fuerza en el derecho es un “vinculo lógico”⁶³ a partir de la idea de lo ilícito (*Unrecht*), y por esto la fuerza no es un obstáculo a la libertad: lo ilícito es un obstáculo a la libertad, y la fuerza es la barrera que se interpone a este obstáculo⁶⁴; por otro, COHEN subraya las líneas en las que KANT atribuye a la teoría del derecho “precisión matemática”⁶⁵.

Estas dos consideraciones explican el *ius aequivocum* — en el que se integra tanto la *aequitas* como el *ius necessitatis* — como un apéndice a la teoría del derecho: el *ius aequivocum*, que se explica en la comparación entre lo recto y lo torcido o desviado, es “derecho sin fuerza”⁶⁶. Pero en esta exposición de COHEN hay algo que, después de lo indicado, llama la atención: dedica un párrafo a la explicación de la equidad y pasa por alto el derecho de necesidad, que se ha limitado a citar en el párrafo precedente⁶⁷. Sólo si se acepta que lo expuesto sobre la equidad es válido en relación

⁶⁰ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *CPC*, (71), 2000, pp. 380 ss.

⁶¹ COHEN desarrolla una teoría del derecho discrepante con STAMMLER; sobre sus diferencias, vid. nota 39. Sobre su planteamiento metodológico, de acuerdo con el cual el derecho, en tanto fundado en la ética, es el modelo metodológico en la formación de conceptos de la ética, LASK, *FS-Kuno Fischer*, t. II, 1925, p. 294.

⁶² En la primera edición de *Kants Begründung der Ethik* (1877), COHEN no incluye una cuarta parte dedicada a “la aplicación de los principios éticos”, que si aparece en la segunda edición ampliada de 1910, y a la cual se refieren las citas sobre este punto. Este aspecto es subrayado también por PAWLIK en *Der rechtfertigende Notstand*, de acuerdo con KÜPER, *Immanuel Kant und das Brett des Karneades*, 1999, pp. 1 ss.

⁶³ COHEN *Kants Begründung der Ethik*, 2ª ed., 1910, p. 405.

⁶⁴ COHEN, *Kants Begründung der Ethik*, 2ª ed., 1910, p. 404.

⁶⁵ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1990, A. 233. Esta visión causó un gran impacto en COHEN, que habla de la ciencia del derecho como las “matemáticas de las ciencias del espíritu” y de que el derecho “para la ética debe significar sus matemáticas” (*Ethik des reinen Willens*, 3ª ed., 1921, p. 67).

⁶⁶ COHEN *Kants Begründung der Ethik*, 2ª ed., 1910, p. 406.

⁶⁷ COHEN, *Kants Begründung der Ethik*, 2ª ed., 1910, p. 406: “Und daraus ergibt sich der ‚Anhang‘ mit den beiden Ausnahmen aus dieser (eigentlichen Rechtslehre), nämlich die Billigkeit und das Notrecht”. A partir de aquí se limita a exponer brevemente su posición sobre la equidad, a la que aludo después en el texto.

con el *ius necessitatis* podría obtenerse algún indicio sobre los contextos de necesidad en los que el derecho no se impone por la fuerza: que, como “derecho sin fuerza”, queda separado del derecho en sentido estricto (esto es, del derecho sobre el que se construye la teoría); y que trataría —lo que es particularmente relevante en COHEN⁶⁸— de una separación entre derecho y ética⁶⁹.

GOLDSCHMIDT había dado algunos pasos en ese sentido⁷⁰, pese a que renuncia a una fundamentación filosófica de forma explícita⁷¹ y responde a la cita de KANT por parte de DOHNA con la respuesta de BELING a LISZT: el jurista sólo ha de tener en consideración si una acción es defectuosa o no. Por eso la explicación es puramente sistemática: el estado de necesidad disculpante mostraría un elemento normativo de la culpabilidad distinto del hecho psíquico del dolo o de la imprudencia, en torno al cual se explica la inexigibilidad, como una categoría análoga a la justificación que quedaría enmarcada en la culpabilidad⁷²: se trata de una situación en la que no puede exigirse al autor motivarse de acuerdo con el deber, porque este contexto implica un motivo aceptado y predominantemente subjetivo⁷³. GOLDSCHMIDT acepta que se trata de una motivación “anormal”: es sujeto culpable quien, no siendo inimputable, tenía una “motivación normal”; en cambio, a quien —en esas mismas circunstancias respecto a la imputabilidad que implicaban la posibilidad de ser destinatario de las normas jurídicas— tenía una “motivación anormal”, le era inexigible el seguimiento de las normas jurídicas y, por ello, el derecho penal debería considerarle no culpable⁷⁴.

En todo caso, a mi juicio existen, al menos, dos razones para pensar que esta idea de la “motivación anormal”, por sí misma, no permitía integrar la idea de la *impunitabilitas* kantiana, y no sólo por el rechazo de GOLDSCHMIDT a la fundamentación filosófica de los conceptos. Por una parte, en KANT la dirección de los sentidos o la motivación⁷⁵ y, en particular, en el derecho, alude a una motivación exterior y, en el derecho penal, a una mayor o menor posibilidad de motivación del autor por la amenaza de la pena⁷⁶, y ambas son dimensiones cuantificables⁷⁷. Me parece claro, en ese sentido, que una cuantificación de la motivación no puede derivarse del texto de KANT sobre el *ius necessitatis*, porque la respuesta es, simplemente, que el hecho cometido en ese contexto no ha de ser castigado con una pena.

⁶⁸ Antes he hecho referencia a la discrepancia con STAMMLER precisamente por este motivo (vid. supra nota 32).

⁶⁹ Desde el punto de vista de la lógica, “no existe diferencia entre la ética y la filosofía del derecho” y “la ciencia del derecho necesita a la ética para su propia fundamentación” (*Ethik des reinen Willens*, 3ª ed., 1921, p. 227).

⁷⁰ Cfr. GOLDSCHMIDT, «Der Notstand, ein Schuldproblem», *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, 1913, pp. 129 ss. Es de interés, en todo caso, la renuncia a una fundamentación filosófica de forma explícita (Cfr. p. 144, nota 14), cuando estima aplicable la respuesta de BELING a LISZT al decir que el jurista sólo ha de tener en consideración si una acción es defectuosa o no, respecto a la cita de KANT por parte de DOHNA a la que antes se ha hecho referencia. En otras palabras: pese a las reflexiones que siguen, GOLDSCHMIDT rechazaba cualquier fundamentación filosófica sobre el carácter normativo de la culpabilidad.

⁷¹ GOLDSCHMIDT, *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, p. 144, nota 14

⁷² GOLDSCHMIDT, *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, p. 162.

⁷³ GOLDSCHMIDT, *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, p. 160.

⁷⁴ Cfr. GOLDSCHMIDT, «Normativer Schuldbegriff», *FG-Frank*, 1930, pp. 428 ss., en particular p. 447: “la ‘motivación normal’ no es la única exigencia de la exigibilidad y de la reprochabilidad; sin embargo, la ‘motivación anormal’ es la única exigencia de la inexigibilidad”.

⁷⁵ BYRD, *Ohio State Journal on Criminal Law*, (2), 2005, pp. 571 ss., p. 576.

⁷⁶ BYRD, *Ohio State Journal on Criminal Law*, (2), 2005, p. 576, diferencia claramente en términos kantianos la motivación por el mero deber que corresponde a la moral y la motivación externa propia del derecho.

⁷⁷ A diferencia de la imputabilidad; cfr. PÉREZ DEL VALLE, *InDret*, (2), 2015, pp. 7 ss.

Por otro lado, no es claro que lo “subjetivo” de la *imputabilitas* sea coincidente con lo “subjetivo” en la motivación. Si se entiende que lo “subjetivo” en KANT es lo dependiente de las funciones del sujeto cognoscente — los sentidos, el entendimiento y la razón⁷⁸ —, no habría incoherencia alguna en asimilar lo subjetivo a lo interno y lo objetivo a lo externo⁷⁹. Pero la visión crítico-trascendental de KANT no excluye que lo subjetivo sea simultáneamente objetivo como fenómeno; esto es, como determinación necesaria del objeto de la experiencia⁸⁰. A estas objeciones se añade el objetivo del desarrollo del *ius necessitatis*: KANT no pretende directamente resolver si la sanción penal es efectiva, sino dar un argumento *a priori* sobre la naturaleza de las obligaciones que constriñen la libertad exterior⁸¹, porque en estos casos se ve afectado quien no intervino en la situación de riesgo en la que se plantea el conflicto: el náufrago que se ve privado de la tabla había tenido al principio más suerte, y su situación empeora sensiblemente cuando la tabla le es arrebatada.

A mi juicio, la interpretación de KISILEVSKY a partir del fundamento político, que no atribuye a la solución del *ius necessitatis* una determinada concepción de la voluntad general: la ilicitud cometida por el náufrago que arrebató la tabla no admitiría una pena porque no puede haber garantía mutua de cumplimiento; de ese modo, una pena no superaría un test de confrontación con la voluntad general y, por tanto, no podrían imponerse obligaciones *ex ante* de forma coercitiva⁸². Lo relevante es, entonces, la motivación que impide hablar de garantía de cumplimiento mutuo, pero en esta perspectiva jurídico-política no sería tan relevante la “motivación anormal” del sujeto concreto, sino la definición del contexto o de los “tipos” de contexto en los que se puede concretar la *impunitabilitas*. A mi juicio, la teoría normativa de la culpabilidad no pretendía otra cosa: fijar los contextos a partir de los cuáles pudiera hablarse de una motivación anormal (o de la inexigibilidad); para lograr ese objetivo tomaba como tipo de contexto el estado de necesidad, y lo hizo, sin embargo, sin considerar, ni implícita ni explícitamente, lo que KANT consideraba “derecho en sentido subjetivo”. La razón no es clara, pero tal vez puede explicarse por algo que apuntó ya hace tiempo SILVA SÁNCHEZ, al referirse a la “motivabilidad normal”: “lo único que puede pretender expresarse es que el sujeto pueda recibir (...) normalmente el mensaje de la norma a fin de que ello incida sobre su conducta externa” y nunca una “posibilidad de normal interiorización”⁸³. Tal vez el riesgo de invadir lo interno — que, como se ha visto, era propio de la significación kantiana de lo subjetivo — fuese la razón de que una afirmación tan contundente de KANT fuera poco explorada.

⁷⁸ EISLER, *Kants Lexikon: Nachschlagewerk zu Kants sämtliche Schriften, Briefen und handschriftlichem Nachlaß*, 1930, “Subjektiv”: esto implica que no es subjetivo en el sentido más sencillo (“lo relativo al sujeto”), que EISLER no descarta en KANT, pero que no es el significado kantiano en sentido estricto.

⁷⁹ Desde luego, se trata de la forma más directa de entender que el derecho es regulación exterior. Cfr. DE ALMEIDA, «On Kant’s “Universal Principle” and “Universal Law of Right»», en *Recht und Frieden in der Philosophie Kants*, 2008, p. 173. No obstante, esta cuestión es, como se ha visto, discutida.

⁸⁰ EISLER, “Subjektiv”, en *Kant-Lexicon*, 1930, indica como ejemplo el espacio y el tiempo: para Kant son subjetivos, aunque permiten la ordenación de lo sensible de acuerdo con determinadas leyes; el espacio, expresado de forma muy clara, tiene “realidad empírica”, pero “idealidad trascendental”.

⁸¹ KISILEVSKY, «Equity, Necessity, and the Doctrine of the Right», en *Recht und Frieden in der Philosophie Kants*, 2008, pp. 466-467, nota 7.

⁸² KISILEVSKY, «Equity, Necessity, and the Doctrine of the Right», en *Recht und Frieden in der Philosophie Kants*, 2008, p. 466.

⁸³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 358.

2. “Derecho en sentido subjetivo”, “aspecto interno del derecho” e impunibilitas

2.1. “Derecho en sentido subjetivo” como “aspecto interno del derecho” (HART)

En efecto, la filosofía del derecho neokantiana y la teoría normativa de la culpabilidad habían dejado de lado este “derecho en sentido subjetivo” que, para KANT, explicaba la *impunibilitas*. Aunque esto no sucede siempre: indica BAUCH que, en la teoría del derecho de KANT, lo “subjetivo” tendría que ver con el acto de reconocimiento, y esto implicaría una toma de posición de la conciencia; en ese sentido, se trataría de un mero hecho, diferente de la valoración y de la “validez objetiva” del derecho⁸⁴; “en ese sentido de la validez, y no en el sentido de la mera vigencia fáctica subjetiva del derecho, es el derecho un problema filosófico”⁸⁵. Pero el “derecho en sentido subjetivo” que define la “impunibilidad subjetiva” ha de ser algo propio del derecho, y diferente de un puro reconocimiento subjetivo —de un mero *factum* psico-social, en el sentido de BAUCH— cuya comprobación social es de carácter empírico⁸⁶.

La conexión entre el sentido “subjetivo” del derecho y la validez del derecho es, desde mi punto de vista, sugerente, como lo es la crítica a una idea de validez sometida a criterios propios de la psicología social. Es evidente que la referencia a la validez del derecho, además, tiene unas implicaciones jurídico-políticas no desdeñables, en la línea que destacaba KISILEVSKY y que antes he asumido como interpretación correcta sobre el pasaje de KANT. Precisamente en esta dirección se enfoca la diferenciación de HART entre el aspecto interno y el aspecto externo de las normas sociales (“*external and internal aspect*”)⁸⁷, porque este aspecto interno guarda relación con el reconocimiento —con la validez— de las normas⁸⁸. Para HART, normas sociales y hábitos⁸⁹ comparten el aspecto externo, que consiste en la conducta regular y uniforme que un observador externo puede constatar; pero sólo en las normas sociales existe el “aspecto interno”, que prescribe una conducta como un estándar normativo y que se presenta como un significado hipotético: lo que diferencia las normas sociales de los meros hábitos es, precisamente, que la

⁸⁴ BAUCH, «Das Rechtsproblem in der Kantischen Philosophie», *Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis*, (3), 1921, p. 4: este hecho es una “mera significación subjetiva social-psicológica” (*ibidem*). Advierto aquí mi posicionamiento personal: soy consciente de que atribuyo un especial valor a Bruno BAUCH en el marco del pensamiento neokantiano, e incluso como representante de un neokantismo realista (sobre la base de su comprensión de la teoría del conocimiento de KANT, cfr. ZEIDLER, «Selbstkontinuation, Korrelation und Dialektik», en FULDA/KRIJNEN (eds.), *Systemphilosophie als Selbsterkenntnis: Hegel und der Neukantianismus*, 2006, p. 159; sobre BAUCH en particular, en pp. 160 ss.). Creo, además, que la “validez objetiva” de la que habla BAUCH —y aquí anticipo una conclusión posterior— es la exigencia de “razón práctica” del derecho de la que habla FINNIS (v. lo expuesto en nota 101).

⁸⁵ BAUCH, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis*, (3), p. 7.

⁸⁶ Esta diferenciación de BAUCH entre *Gelten*, *Geltung*, y *Gültigkeit* (*Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis*, [3], 1921, p. 7) está parcialmente explicada por BAUCH en *Wahrheit, Wert und Wirklichkeit*, 1923, pp. 41 ss.

⁸⁷ HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., 2012, pp. 55 ss. Cfr. también p. 89: “it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct. We may call these respectively the ‘external’ and the ‘internal’ points of view”. Sobre el carácter básico de los conceptos “*internal aspect*”, “*internal point of view*” y “*internal statements*” y su interdependencia, cfr. PAWLIK, *Die reine Rechtslehre und die Rechtslehre H.L.A. Harts: ein kritischer Vergleich*, 1993, p. 173.

⁸⁸ Sobre esta distinción, y el paralelo entre perspectiva “interna/externa” y perspectiva “del participante/del observador” es destacada con razón por ALEXI, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, p. 48.

⁸⁹ Como señala PERRY, «Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View», *FoLR*, (75), 2006, pp. 1171 ss., p. 1176, HART prefiere la expresión “regla” (*rule*) a “norma” (*norm*), pero pueden considerarse de forma indistinta; PERRY, sin embargo, prefiere “norma”.

norma social tiene un “aspecto interno”⁹⁰, y es por ello por lo que se mantiene el estándar normativo. Este “aspecto interno”, además, comprende una actitud reflexiva crítica (“*reflective critical attitude*”) hacia el modelo de conducta que justificada que se pueda hablar de que algo se “debe”, o que una conducta concreta es errónea o equivocada⁹¹.

Esta “actitud reflexiva crítica” permite diferenciar el “punto de vista interno” de la norma que la convierte en vinculante, por un lado; y nuestros propios sentimientos respecto de la norma que ordena una conducta, por otro⁹². En otras palabras: HART no alude exactamente a un aspecto “interno” de los individuos, sino al aspecto “interno” respecto al propio derecho; se trata de la comprensión del derecho como normas compartidas con carácter vinculante por los miembros del grupo más bien que el miedo a sufrir las consecuencias de su incumplimiento⁹³. Esto puede entenderse particularmente en el modo en que el punto de vista interno se manifiesta en las reglas que HART entiende como “secundarias”: esto es, de normas de atribución de poder (*power-conferring rules*) diferentes de las normas primarias (*duty-imposing rules*), que imponen una conducta determinada⁹⁴. De hecho, en la explicación del sistema jurídico, es esencial el punto de vista interno respecto a la regla secundaria “de reconocimiento”⁹⁵: esta regla es aplicada por jueces y funcionarios y la mayor parte de éstos la aceptan, “desde el punto de vista interno”, como “un estándar público y común de las decisiones judiciales correctas”⁹⁶.

El “aspecto interno” es, por tanto, una precondition analítica, un requisito previo de la inteligibilidad y la semántica de las declaraciones de las leyes entendidas como obligaciones⁹⁷;

⁹⁰ HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., 2012, p. 56.

⁹¹ HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., 2012, p. 57: “characteristic expression in the normative terminology of ‘ought’, ‘must’, and ‘should’, ‘right’ and ‘wrong’”.

⁹² Sobre esta cuestión, cfr. EDVINSSON, *The Quest for the Description of the Law*, 2009, pp. 23-24.

⁹³ Cfr. FINKELSTEIN, «Hobbes and the Internal Point of View», *FoLR*, (75), 2006, pp. 1211 ss., pp. 1217-1218. Alude particularmente a lo que sucede entre quienes participan en un juego bajo determinadas reglas: “Hart’s idea that legal rules, like the rules of a game, have an internal aspect when at least relevant persons in a legal system participate in a shared practice of treating them as normatively binding is only one possible version of that thesis”.

⁹⁴ HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., 2012, p. 81. La distinción, no obstante, no está exenta de críticas; cfr. por todos, PERRY, *FoLR*, (75), 2006, p. 1182, nota 35. PERRY propone como solución entender que las reglas secundarias “juegan un papel constitutivo y fundacional en los sistemas legales”.

⁹⁵ Las reglas secundarias son de reconocimiento, de cambio y de adjudicación (HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., 2012, p. 91 ss.): las reglas de cambio confieren el poder de introducir nuevas reglas de conducta en la vida del grupo o de eliminar reglas anteriores (*op. cit.*, p. 95); las reglas de adjudicación confieren el poder de autoridad frente a la ruptura de reglas primarias (*op. cit.*, p. 96); la regla de reconocimiento define las condiciones de otras reglas para ser vinculantes sin que haya que involucrarse en negociación, persuasión o deliberación (*op. cit.*, p. 94). Sobre la regla de reconocimiento, Scott J. SHAPIRO: “the postulation of the rule of recognition was a great advance in legal theory” (*Legality*, 2011, p. 80). Esto resulta evidente, por ejemplo, en la comparación entre el “punto de vista interno” y el “punto de vista de la ley”, asumido por COLEMAN, y su alusión específica a la regla de reconocimiento («The Architecture of Jurisprudence», en FERRER BELTRÁN/MORESO/PAPPAYANNIS [eds.], *Neutrality and Theory of Law*, 2013, pp. 61 ss., p. 79). La regla de reconocimiento es, por ello, clave en la perspectiva de la validez (HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., 2012, pp. 100 ss.); aunque una cierta similitud entre la “Grundnorm” de Kelsen y la “rule of recognition” es admitida por el mismo HART (*The Concept of Law*, 3ª ed., 2012, p. 292) y subrayada por ALEXY (*Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, p. 195). MÁRQUEZ GONZÁLEZ, «Hart y Kelsen: regla de reconocimiento y norma básica», *Persona y derecho*, (12), 1985, pp. 163 ss., habla de una “acusada diferencia de enfoques” entre ambos, aunque sobre la base de una visión estrictamente fáctica de la regla de reconocimiento (p. 178); también PAWLICK se refiere a una “orientación descriptivo-empírica” de HART en la comparación con Kelsen (*Die Reine Rechtslehre und die Rechtslehre H.L.A. Harts*, 1993, p. 160).

⁹⁶ HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., 2012, p. 116: “a public, common standard of correct judicial decision”

⁹⁷ WINTER, «Frame Semantics and the ‘Internal Point of View’», en FREEMAN/SMITH (eds.), *Law and Language: Current Legal Issues*, 2013, p. 116.

aunque no le atribuyo una total coincidencia en el significado, en la terminología de la teoría de la acción comunicativa de HABERMAS, el “aspecto interno” correspondería a consideración de la norma como acción comunicativa⁹⁸. No hay norma como acción en un sentido comunicativo y, por tanto, en su significación intersubjetiva, si no es mediante el reconocimiento de este “aspecto interno”⁹⁹. Es, como intento subrayar, un aspecto que afecta al derecho mismo o, más exactamente, al derecho constituido como norma de conducta¹⁰⁰.

A mi juicio, esto implica –en palabras de FINNIS– que los principios del derecho y las normas son contemplados “al menos como requerimiento presuntivo de la razón práctica”¹⁰¹. La consideración de la norma como un modelo de orientación de conducta es, en todo caso, diferente de una visión de las normas que pusiese el acento sobre su carácter vinculante en la

⁹⁸ WINTER, en FREEMAN/SMITH (eds.), *Law and Language: Current Legal Issues*, 2013, p. 116. Sobre la distinción entre acciones instrumentales (no sociales, orientadas al resultado), estratégicas (sociales, orientadas al resultado) y comunicativas (sociales, orientadas a la comunicación), y, en sentido más estricto, sobre la diferenciación entre acciones estratégicas y comunicativas, cfr. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. 1, 1985, p. 385: “por el contrario, hablo de acciones comunicativas cuando los planos de acción de los actores que toman parte son coordinados, no sobre cálculos egocéntricos de resultado, sino sobre actos de comunicación”, aunque aclara que “con ‘estratégico’ y ‘comunicativo’ no sólo se definen dos aspectos analíticos bajo los cuales puede describirse una misma acción”, sino que, como “acciones estratégicas o comunicativas” pueden “clasificarse acciones concretas” (*op. cit.*, pp. 385 ss.). Decisivo en este sentido: “el foco de la investigación se desplaza de la racionalidad cognitiva-instrumental a la comunicativa” y “para ésta no es paradigmática la relación del sujeto solitario con algo en el mundo objetivo, que puede ser supuesto y manipulado, sino la relación intersubjetiva que asumen sujetos capaces de expresarse y de actuar cuando se han de comunicar sobre algo” (*op. cit.*, p. 390).

⁹⁹ La crítica de ENGLÄNDER a HABERMAS (*Diskurs als Rechtsquelle?: zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, 2002), que reconoce que la idea del consenso normativo es fundamental en la fundamentación del derecho (p. 162, nota 21), se funda en negar el carácter normativo al consenso, que considera fáctico (“la idea del desarrollo histórico y del consenso pierden todo significado normativo”, *op. cit.*, p. 95).

¹⁰⁰ No consiste, como indica HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., 2012, p. 57, en sentimientos de compulsión (“*feelings of compulsión*”); por tanto, no supone sin más un hecho psico-social objeto de comprobación empírica, en el sentido descartado ya por BAUCH (cfr. nota al pie 84).

¹⁰¹ FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª, 2011, p. 15. Es, en realidad, la conclusión derivada del reconocimiento de las normas, o al menos de la norma de reconocimiento, como “moralmente justificada”; FINNIS entiende que “si hay un punto de vista en el que la obligación legal es tratada como al menos presuntivamente como una obligación moral (y por tanto como de ‘gran importancia’, para ser mantenida ‘contra la dirección de fuertes pasiones’ y ‘con el coste del sacrificio de considerables intereses personales’), un punto de vista en el que el establecimiento y el mantenimiento del orden jurídico como distinto del orden de la costumbre discrecional o estadística, es considerado como un ideal moral –si no como una demanda irresistible de justicia, entonces este punto de vista es el caso central del punto de vista del derecho”. Aunque decididamente prescinde del término “moral”, por las connotaciones inciertas que podría conllevar, y habla de “razón práctica” (pp. 14-15). En todo caso, como reconoce SHAPIRO, «What is the Internal Point of View», *FoLR*, (75), 2006, pp. 1157 ss., pp. 1168 ss.), HART pretende fundamentar –en particular si se considera el “punto de vista interno” referido a la norma de reconocimiento– la norma como directiva de conducta con carácter vinculante sin acudir a exigencias de validez metafísica o moral y es muy claro en este aspecto HART al considerar que la dicotomía entre “derecho meramente basado en el poder” y “derecho que es aceptado como moralmente vinculante” no es exhaustiva y que existen otras explicaciones posibles de fidelidad a la norma: “De hecho, su lealtad al sistema puede basarse en otras muchas consideraciones diferentes: cálculos de propio interés a largo plazo; una actitud irreflexiva y heredada; o el mero deseo de actuar como lo hacen los demás” (HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., 2012, p. 198). Pero, a mi juicio, precisamente este argumento puede desviar la atención hacia aspectos puramente fácticos y no normativos, y éste es el motivo de que se defina la regla de reconocimiento como una característica del positivismo de HART; paradigmático en ese sentido es ALEXI que habla de una “norma fundamental empírica”, diferente de la “norma fundamental normativa” en KANT (ALEXI, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, p. 194 en relación con pp. 186 ss.).

sanción como lo haría un punto de vista “externo-predictivo”¹⁰². Es cierto que, en esta perspectiva, es decisiva la norma de reconocimiento (el “aspecto interno” como aceptación de quienes han de aplicar el derecho), a la que de inmediato regresaré. Pero interesa resaltar ahora hasta qué punto es relevante la aceptación (*acceptance*), como “actitud normativa”, que “consiste en la disposición permanente de los individuos a adoptar tales pautas como guía de su propia conducta futura y, al tiempo, como criterios de crítica que pueden legitimar exigencias y distintas formas de presión”¹⁰³. Esta última mención contiene, sin duda, la “actitud reflexiva crítica a la que me he referido antes.

2.2. El “punto de vista interno del derecho” como condición de la imputación de un injusto penal

a) Dimensiones en el examen del “punto de vista interno del derecho”

En la visión de HART, la explicación del derecho como ordenamiento de normas requiere que las normas de reconocimiento –con especificación de los criterios de validez legal y sus reglas de cambio y adjudicación– deberían ser aceptadas –debe concurrir el “aspecto interno del derecho” – por los sujetos encargados de la elaboración y aplicación de las normas primarias de conducta. Por tanto, la norma de reconocimiento, como norma secundaria, se funda precisamente en el “punto de vista interno” de los sujetos cuya función es la aplicación de las normas cuando aplican “una norma particular del sistema como válida”; y sólo puede hablarse de sistema de derecho sobre la base de la norma de reconocimiento, pues con el reconocimiento se atribuye a la norma el carácter de “ley” que forma parte del sistema¹⁰⁴.

En HART, por tanto, el “aspecto interno” del derecho actúa en dos dimensiones¹⁰⁵: por un lado, fundamenta el sistema jurídico en tanto supone el reconocimiento en la norma de las exigencias para ser una norma jurídica vinculante por parte de quien la aplica, y, por ello, de la norma misma; por otro, entraña el carácter de norma jurídica –por eso, vinculante– en tanto implica una regla de conducta asumida por una parte sustancial de sus destinatarios. En todo caso, no es claro que el sistema jurídico como tal pueda fundarse sólo y exclusivamente en el “punto de vista

¹⁰² Cfr. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª, 2011, p. 12. De forma crítica, aunque sobre la base de esta oposición, PERRY, «Hart versus Holmes: the Bad Man in Legal Theory», en BURTON (ed.), *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, 2000, pp. 158 ss.

¹⁰³ HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., 2012, *Postscriptum*, p. 255: “consists in the standing disposition of individuals to take such patterns of conduct both as guides to their own future conduct and as standards of criticism which may legitimate demands and various forms of pressure”; precisamente en este punto HART propone una comparación entre el punto de vista externo como el del observador externo y el punto de vista interno como el del partícipe de la práctica social de las normas.

¹⁰⁴ Esta visión del derecho como un sistema está vinculada, como indica FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª, 2011, p. 7, al método que proporciona y que reconoce como mérito respecto a Kelsen en Hart y en Raz: “for Raz, as for Hart, the law is not any set of norms; it is a system of norms which provides a method”. Pawlik ha subrayado correctamente la función de la regla de reconocimiento en esta perspectiva de configuración del sistema: por la regla de reconocimiento se vinculan “una red de relaciones de validez con otras” y de “preceptos jurídicos subordinados” (*Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts*, 1993, p. 89), pero no extrae de ello una diferencia que implique normatividad en Hart.

¹⁰⁵ BAURMANN, «The Internal Point of View as a Rational Choice?», en EL MISMO/LAHNO, *Perspectives in Moral Science*, 2009, pp. 25 ss., p. 27), en ese sentido: “the concept of an internal point of view is itself a complex theoretical notion with different dimensions”.

interno” de quienes han de elaborar y aplicar las normas (en las palabras de HART, *officials*)¹⁰⁶; el reconocimiento del estatus de estos sujetos –“poderes deónticos”, en la terminología de SEARLE que utilizo a partir de ahora¹⁰⁷– requiere una “intencionalidad colectiva”¹⁰⁸ o un reconocimiento colectivo de la comunidad de que el sistema existe como tal, y de que una u otra norma se originan como parte de ese sistema¹⁰⁹.

b) Aceptación del derecho e *impunitabilitas*

A mi juicio, esta “intencionalidad colectiva” –que afecta a las normas primarias y, por tanto, a las normas de conducta– requiere algunas precisiones para salvaguardar su carácter normativo y evitar que su valoración se reduzca a un juicio empírico¹¹⁰. Por una parte, SHAPIRO ha mostrado que el punto de vista interno no puede ser sencillamente la perspectiva del miembro del grupo (“*insider*”); cuando se habla del “punto de vista interno” se hace referencia “a una forma específica de actitud normativa mantenida por ciertos miembros del grupo, especialmente por aquellos que aceptan la legitimidad de las normas”. Sólo en ese sentido puede hablarse de “internalización” de la norma¹¹¹; por tanto, como “actitud normativa”.

De acuerdo con este presupuesto, el “punto de vista interno” puede explicar una *vis directiva* de las normas¹¹² –lo que he denominado modelo de orientación de conducta– a partir de dos precisiones que ha mencionado FINNIS.

¹⁰⁶ Sobre las dificultades en ese sentido, cfr. BURAZIN, «The Rule of Recognition and the Emergence of a Legal System», *Revus*, (27), 2015, pp. 115 ss., pp. 119 s.

¹⁰⁷ SEARLE, «What is an Institution?», *Journal of Institutional Economics*, (1), 2005, pp. 1 ss., p. 10: “not all deontic power is institutional, but just about all institutional structures are matters of deontic power”.

¹⁰⁸ La expresión “intencionalidad colectiva” debe entenderse con mayor amplitud que un mero acto de voluntad colectivo: “collective intentionality covers not only collective intentions but also such other forms of intentionality as collective beliefs and collective desires”. Cfr. SEARLE, *Journal of Institutional Economics*, (1), 2005, pp. 1 ss., p. 6.

¹⁰⁹ Cfr. BURAZIN, *Revus*, (27), 2015, pp. 121 ss., en torno a su tesis del sistema legal como un “artefacto institucional abstracto” (“abstract institutional artifact”). No puedo extenderme sobre la explicación de esta terminología, aunque he de aclarar que tiene su base en la consideración de cuatro órdenes de relaciones (el orden de la naturaleza, el orden de la lógica, el orden de la moral y el orden técnico-instrumental o artefactual) en los que se apoya FINNIS, sobre todo en la explicación del bien común (*Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, pp. 136-138). Recientemente lo ha utilizado para explicar, en una terminología muy propia de RAZ o del mismo FINNIS, la naturaleza del derecho (FINNIS, «The Nature of Law», en TASIOLAS [ed.], *Cambridge Companion to Philosophy of Law* [en prensa, citas del manuscrito presentado en el Seminario KJuris-King’s Legal Philosophy Workshop celebrado en el King’s College London el 15 de febrero de 2017], pp. 1 ss.).

¹¹⁰ En HART, la misión del “aspecto interno del derecho” respecto a los destinatarios de normas de conducta –por tanto, de normas primarias– no implica un compromiso incondicional o una vinculación categórica para una norma (cfr. BAURMANN, en EL MISMO/LAHNO, *Perspectives in Moral Science*, 2009, p. 35); el hecho de que la conformidad general del grupo puede ser “una de las razones que tiene cada uno de sus miembros para la aceptación” (cfr. HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., 2012, *Postscriptum*, p. 255) sugiere ya este riesgo, pues la razón de los miembros podría ser el miedo a la sanción y, en ese caso, el concepto perdería su utilidad.

¹¹¹ Scott J. SHAPIRO, *FoLR*, (75), 2006, p. 1159. Mi planteamiento coincide en algunos aspectos sustanciales con SHAPIRO: por un lado, por su especial insistencia en considerar la “aceptación” como “disposición permanente” del *Postscriptum* de HART (*op. cit.*, p. 1163), que ya he tratado en el texto; por otro lado, porque, a mi juicio, sitúa correctamente esta aceptación “interna” como punto de vista práctico, que diferencia del punto de vista teórico “hermenéutico” en HART (*op. cit.*, p. 1161); y, finalmente, porque presenta una explicación crítica a “teorías centradas en la sanción” (*op. cit.*, sobre todo p. 1170, en la conclusión). No obstante, como se ha de ver, creo que también es posible una explicación diferente, normativa y no puramente conductista, del “*bad man*” de HOLMES (cfr, no obstante, *op. cit.*, pp. 1158-1159).

¹¹² FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª, 2011, pp. 314 ss.

a) Por una parte, debe atenderse a la existencia de diferentes niveles de vinculación de las normas. En efecto, aunque en un primer nivel de explicación no hay grados de obligación legal (como no hay grados de validez del derecho)¹¹³, existe un segundo nivel de explicación “en consideración a la fuerza y función de las obligaciones, en la perspectiva de la razón práctica, en cuanto a las reacciones humanas para no cumplir con la conducta obligatoria”¹¹⁴.

b) Pero, por otra parte, también en torno al punto de vista interno del derecho es necesario diferenciar el caso central de los casos periféricos; precisamente FINNIS critica a HART y a RAZ que no lo hagan¹¹⁵. En el *Postscriptum* incluido en la segunda edición de *Natural Law and Natural Rights*, FINNIS insiste en ello¹¹⁶: ni el juez anarquista de RAZ, que escoge secretamente leyes que aplicar con la finalidad de derrocar el ordenamiento, ni un juez tradicionalista, ni el sujeto de HART que, en el respeto a la ley, está movido por intereses a largo plazo, son paradigmáticos. No constituyen, por tanto, el caso central respecto del lado interno del derecho en las dos dimensiones diferentes, sino casos periféricos.

El planteamiento de FINNIS es, a mi juicio, correcto y permite explicar ciertas consecuencias específicas en el ámbito del derecho penal. A diferencia de lo que sucede cuando se habla del derecho como normas de orientación de conducta en forma global, cuando el derecho penal busca grupos de casos en los que la pena debe excluirse, requiere recuperar los casos periféricos. Esto me parece claro cuando existe una, desde el punto de vista del caso central, existe una infracción de la norma. Si la cuestión se aborda desde el “punto de vista interno”, existe un grupo de casos periféricos a los que cabe considerar en esa perspectiva: se trata de la infracción de la norma jurídica cuando, no obstante, se muestra la disposición permanente de adoptar las normas como guía de la conducta futura y, por tanto, la “actitud normativa” de aceptación. En otras palabras: no es racional la sanción penal en contextos en los que el sujeto no se ha apartado de la “disposición permanente” para aceptar el derecho como fuente de pautas de su conducta futura, tanto más si se considera que existe un segundo nivel de valoración sobre la “fuerza y función de las obligaciones” respecto a su incumplimiento, tal como señalaba FINNIS.

¹¹³ Cfr. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª, 2011, pp. 309 ss.; de forma explícita, de acuerdo con DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 79; que es requerido un segundo nivel deriva de que “hay una especial deficiencia en cualquier explicación de obligaciones invariables como blanco-o-negro, en términos únicamente de ‘presiones sociales’, que han de ser inevitablemente muy variables en su presión e insistencia”.

¹¹⁴ FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 313.

¹¹⁵ Cfr. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª, 2011, p. 13, sobre todo porque, para la descripción del derecho de FINNIS, esta distinción, fundada en la idea de la “significación focal” aristotélica, que él prefiere denominar “caso central”, es esencial y precisamente en este aspecto reconoce valor a la definición del sistema legal de RAZ (*op. cit.*, p. 10), aunque critica que, como HART, no lo hace en relación con el “aspecto interno” (pp. 13-14). Como resalta G. VIGO, «Homonimia, explicación y reducción en la Física de Aristóteles», *Thémata-Revista de Filosofía*, (21), 1999, p. 203, “significación focal” (*focal meaning*) es, desde G. E. L. OWEN («Logic and Metaphysics in Some Earlier Works of Aristotle», en OWEN, *Logic, Science, and Dialectic: Collected Papers in Greek Philosophy*, 1987), la expresión que se utiliza para el modelo lógico-semántico de la homonimia *pròs hèn* (*pròs hèn legómena*) y que ARISTÓTELES desarrolla en los libros IV a VII de la *Metafísica*: se explica una ciencia universal del “ser”, que es la ontología; y los objetos comprendidos por esa ciencia quedan comprendidos por ese núcleo central que es el “ser”. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª, 2011, p. 9, vincula esta explicación, que configura la tópica aristotélica, a los “tipos ideales” de Max WEBER; y, en todo caso, la “significación focal” de OWEN responde a lo que Santo Tomás DE AQUINO llama “análogo” (MCINERNEY, *Aquinas and Analogy*, 1996, p. 40).

¹¹⁶ En todo caso, debe tenerse en cuenta que, en este punto del *Postscriptum* de la segunda edición, FINNIS quiere, ante todo, aclarar su posición frente a la crítica de Julie DICKSON: para FINNIS es posible que algunas normas jurídicas no sean moralmente obligatorias, por injustas (“which is essentially Joseph Raz’s [law invariably and by its nature claims to be morally obligatory, and the belief that the law’s rules are morally obligatory is what needs to be explained] and not mine [since many rules of law, being unjust, are not morally obligatory], and it is possible that some legal systems abstain from claiming to be morally obligatory” (FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª, 2011, p. 432, nota 13).

A mi juicio, éste es el grupo de casos al que alude KANT cuando apoya la *impunitas* en el “derecho en sentido subjetivo”. Por tanto, la conclusión sobre lo *impunitas* podría formularse del siguiente modo: no es punible el sujeto imputable que desautoriza la norma de conducta (infringe una norma mediante la realización de un comportamiento típico), sin poner en cuestión la legitimación del derecho como fuente de normas de comportamiento.

c) Propuesta de fundamento de solución: la “disposición permanente de aceptación” (de HOLMES a ARISTÓTELES)

En la consideración del carácter normativo, acudiré a una argumentación paradójica: la exigencia de criterios normativos para conformar la aceptación del derecho como disposición permanente del sujeto, que no ha alterado una infracción, puede perfilarse a partir de la figura del “*bad man*” de HOLMES¹¹⁷. Es sabido que el “aspecto interno del derecho” defendido por HART – en el que se ha apoyado la argumentación precedente – fue siempre interpretado como opuesto a las teorías predictivas del derecho y del deber jurídico, fundadas en principio en un punto de vista puramente “externo”¹¹⁸; y, de ese modo, precisamente el “*bad man*” de HOLMES supondría el paradigma de predictibilidad del derecho¹¹⁹: el derecho ha de ser predecible teniendo en cuenta al “hombre malo” que atiende sólo a las consecuencias negativas que pudiera depararle su conducta¹²⁰.

En todo caso, no propongo ahora que la figura del “*bad man*” pueda utilizarse como elemento definitorio del derecho¹²¹, ya que esto podría dar a entender que la ley pretende establecer directivas de conducta sólo para “malos” ciudadanos y no para todos¹²². En mi opinión, e independientemente de cuál fuese la intención de HOLMES¹²³, es errónea la aserción de que la ley

¹¹⁷ HOLMES, “The Path of Law”, *Harvard Law Review*, 1897, p. 459: “If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a *bad man*, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience”. Una referencia muy breve, pero ilustrativa, del significado del artículo y de la tesis del “*bad man*” en el artículo, ofrece uno de los críticos más radicales de HOLMES en los últimos tiempos, ALSCHULER, «The Descending Trail: Holmes’ Path of Law One Hundred Years Later», *Florida Law Review*, (49), 1997, pp. 353 ss., especialmente pp. 353-356.

¹¹⁸ Cfr. SUMMERS, «Professor H.L.A. Hart’s Concept of Law», *Duke Law Journal*, 1963, pp. 629 ss., pp. 634-635.

¹¹⁹ NANCE, «Rules, Standards, and the Internal Point of View», *FoLR*, (75), 2006, p. 1287; una separación entre “*bad man*” y predictibilidad es defendida por LUBAN, «The Bad Man and the Good Lawyer: a Centennial Essay on Holmes’s The Path of the Law», *NYU Law Review*, (72), 1997, pp. 1546 ss., pp. 1561 ss.: “I will shortly suggest that the prediction theory and the Bad Man Thesis are distinct and separable”.

¹²⁰ No obstante, HART, pese a negar que el carácter vinculante de las normas hay de proceder del miedo a las sanciones, no niega ciertos aspectos de la predictibilidad del derecho, en particular respecto al derecho penal; en su defensa de las excusas (cfr. nota 84) acude al cálculo de coste y beneficio de la figura del “*bad man*” para explicar que éstas presuponen que el destinatario de la norma puede no obedecerla (cfr. en este sentido, PLAXTON, «The Challenge of the Bad Man», *McGill Law Journal*, [58], 2012, pp. 451 ss., pp. 464-465).

¹²¹ De hecho, las primeras críticas a HOLMES incidían fundamentalmente en su consecuencia como fundamento de la obligación contractual; cfr. BAIRD, «The Holmesian Bad Man’s First Critic», *Tulsa Law Review*, (44), 2008, pp. 739 ss. A mi juicio, y aunque no es ahora el caso, esta perspectiva modifica sustancialmente algunas de las consecuencias radicales atribuidas a HOLMES.

¹²² Scott J. SHAPIRO, «The Bad Man and the Internal Point of View», en BURTON (ed.), *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, pp. 197 ss., p. 207, en el mismo sentido, p. 208.

¹²³ Puede discutirse que ese planteamiento radical fuese asumido de forma categórica por HOLMES; cfr. en este sentido Marco JIMÉNEZ, «Finding the Good in Holmes’s Bad Man», *FoLR.*, (79-5), 2011, pp. 2069 ss., especialmente pp. 2106 ss. La tesis de JIMÉNEZ incide especialmente en que HOLMES no excluye la internalización de las normas (*op. cit.*, pp. 2107-2109).

sólo es necesaria para los “malos”¹²⁴, pues también los “buenos” requieren la ley como modelos de orientación de conducta¹²⁵ y la función de orientación de las normas es indispensable en relación con su permanencia¹²⁶. Por un lado, no es incorrecto pensar que lo que se suele llamar perspectiva del “*bad man*” pueda ser, en realidad, la perspectiva del “hombre prudente”¹²⁷; por otro —y esto había sido ya anticipado por un crítico como FULLER— debe considerarse que el “*bad man*”, si quiere tener éxito, debe aprender a mirar el derecho en el punto de vista del “hombre bueno”¹²⁸.

Por esta razón, cabe pensar en la complementariedad del “*bad man*” de HOLMES y el “*good man*” o —con una denominación más adecuada a ARISTÓTELES— el “hombre justo”¹²⁹. El “hombre justo” o virtuoso se define, en la visión aristotélica, por el hábito¹³⁰; y esta perspectiva del hábito puede ser trasladada, en una comprensión normativa, al foco central de atención al que aludía antes y en el que se concreta el “aspecto interno del derecho”: la “disposición permanente de aceptación del derecho”¹³¹. Esta actitud normativa puede haber permanecido en el sujeto cuando éste

¹²⁴ De una forma algo distinta podría interpretarse alguna de las manifestaciones de autores críticos con HOLMES, como FULLER, *The morality of Law*, 1964, p. 55: “*in a society of Angels there would be no need for law*”. Es necesario subrayar lo que dice a continuación: “*But it depends on the angels*”; en efecto, FULLER reconoce que una sociedad de ángeles, para cumplir sus buenas obras, tendría suficiente con algunas reglas “tácitas, informales e intuitivamente percibidas”; pero “en orden a la descarga de sus funciones celestiales, los ángeles necesitan ‘producir’ reglas, las cuales adquieren su existencia a través de alguna decisión explícita, pues aquéllos necesitarían la ley tal como la ley es contemplada en este trabajo” (*op. cit.*). Unas y otras (también las normas “informales”) son, a mi juicio, derecho que orienta las conductas.

¹²⁵ También en una visión muy crítica de HOLMES, cfr. ALSCHULER, *Florida Law Review*, (49), 1997, p. 37, sobre la base de la distinción entre los hechos *mala in se* y los hechos *mala prohibita*, indica que, en estos últimos, a veces “ni un santo encontraría razones para su comportamiento únicamente en la aprobación de la conciencia”; y en los hechos *mala in se* “buenas personas razonables pueden necesitar orientación. Este criterio de la norma como orientación de conducta, muy próxima a la que mantengo, condiciona su concepto de derecho como “aquellas disposiciones sociales que una buena persona consideraría con carácter de autoridad” (“*law consists of those societal settlements that a good person should regard as authoritative*” (p. 793); la palabra “*settlements*” —que he traducido como disposición sobre el ejemplo que indica en el texto— es conscientemente seleccionada como más amplia, para no restringirse a “*commands*”, “*directives*” o incluso —frente a HART— “*rules*” (nota 133).

¹²⁶ NANCE, *FoLR*, (75), 2006, p. 1287, p. 1291.

¹²⁷ Esta perspectiva es defendida por WILCOX, «Taking a Good Look at the Bad Man's Point of View, *Cornell Law Review*, (66), 1981, pp. 1058, ss.: “*the bad man becomes prudent*” (p. 1059). Según WILCOX, HOLMES no asume el punto de vista de la decisión del juez, sino la del abogado que asesora sobre la ley; si las buenas personas son quienes siguen la ley porque respetan su autoridad, tanto éstas como el “*bad man*” tienen un interés común en la previsibilidad del derecho: evitar interferencias estatales que frustren sus propósitos. No obstante, STRASSER sostiene que tampoco agota, como lo hace en el caso del juez o del legislador, la perspectiva del abogado, “porque ni clientes ni abogados están sólo interesados en predicciones sobre cuándo se usará la fuerza pública” («Holmes on Law and Morality», *Alberta Law Review*, [44], 2006, p. 389).

¹²⁸ FULLER, *The Law in Quest of Itself*, 1966, p. 95: “(...) *after his owns interests, will have to learn to look at the law through the eyes of a good man*”.

¹²⁹ La expresión de Marco JIMÉNEZ es ilustrativa: el “hombre malo” de HOLMES se encuentra con el “hombre bueno” —en realidad: justo— de ARISTÓTELES. Cfr. Marco JIMÉNEZ, *FoLR.*, (79-5), 2011, p. 2103.

¹³⁰ “A los hábitos dignos de elogio los llamamos virtudes” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1994, 1104b, p. 19); la virtud del hombre será también el hábito por el cual el hombre se hace bueno y por el cual ejecuta bien su función propia” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1994, 1106a, p. 25); “todos están de acuerdo en llamar justicia a la disposición en virtud de la cual los hombres practican lo que es justo, obran justamente y quieren lo justo” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1994, 1129a, p. 70). Sobre esta cuestión, también Marco JIMÉNEZ, *FoLR.*, (79-5), 2011, p. 2091.

¹³¹ No se trata de la descripción de un sujeto concreto en su relación con el derecho, sino de una situación respecto al derecho como fuente de normas de conducta, porque no es una descripción empírica. Es interesante, en ese sentido, las explicaciones alternativas del “*bad man*” a juicio de LUBAN, *NYU Law Review*, (72), 1997, pp. 1572 ss.: o es una descripción empírica del cliente del abogado; o es un dispositivo heurístico para explicar las obligaciones

despliega su conducta, pese a que ésta constituya una infracción; y esta actitud normativa de aceptación como hábito debe ser una presunción en el sujeto que infringe¹³². En ese sentido, cabe pensar en el sujeto imputable que, con un comportamiento consciente, infringe una norma pese a que –precisamente en el momento de su conducta de infracción– esto no implica una actitud de deslegitimación del derecho como fuente de normas de conducta.

Mi propuesta pretende una definición normativa de estos casos periféricos de “aceptación del derecho como fuente de normas de conducta”¹³³ que puedo explicar en los siguientes pasos:

1º El objetivo es descartar como injustos penales aquellos casos en los que concurre la disposición permanente de aceptación del derecho como fuente de normas de conducta;

2º El “hombre justo” en el sentido aristotélico –por oposición al “hombre malo” al que alude HOLMES; si se quiere, el “hombre justo” como sujeto imputable leal al derecho– puede encontrarse en esta disposición permanente incluso cuando su comportamiento no se adecúa a los modelos de orientación de conductas propuestos por el derecho;

3º Estos casos de “hombre justo” se ajustan a un tipo de caso (un tipo de comportamiento), y es preciso definir el conjunto de circunstancias externas (contextos) que comprenderían los casos agrupados en torno al tipo. En estos contextos, a los que a mi juicio puede aplicarse el término “causas de excusa”¹³⁴, no puede imputarse un injusto penal al sujeto imputable;

4º Causas de excusa son, por tanto, contextos excepcionales en los que la infracción de una norma por parte de un sujeto imputable no representa desautorización del derecho como fuente de orientación de conductas y en las que, por tanto, la imputación de un injusto penal al sujeto no sería razonable.

legales; o es una idea ética para los abogados. Aunque LUBAN descarta todas ellas, me parece correcta para el “hombre justo” la inversión de la segunda hipótesis: el “hombre justo” explica la fidelidad al derecho de quien, en un caso determinado, infringe una norma determinada.

¹³² Por una parte, la relación con los orígenes de la presunción de inocencia sobre el *vir bonus* o *vir iustus*, a los que se refiere HRUSCHKA, «Die Unschuldsvermutung in der Rechtsphilosophie der Aufklärung», *ZStW*, (112), 2000, pp. 286 ss., 294 ss., en PUFENDORF o en ACHENWALL (“*Quilibet praesumendus sit justus, donec nimirum probetur contrarium*”), aunque sólo en el caso de éste último existiría propiamente un derecho. Cfr. también HENRION, «La présomption d’innocence, un droit à... ? comparaison franco-allemande», *RIDC*, (4), 2006, pp. 1035-1036. La visión de ACHENWALL, además, puede entenderse adecuada a la de KANT, tal como indica HRUSCHKA (*op.cit.*, p. 296) en relación con las Lecciones de derecho natural del curso 1784/1785 recogidas por Gottfried FEYERABEND (*Naturrecht Feyerabend*) y en la reiteración de la fórmula *quilibet praesumitur bonus, donec probetur* en la teoría del derecho privado cuando en el acto de adquisición de propiedad existe la formalidad del acto de transmisión entre poseedor y adquirente (KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1990, p. 301).

¹³³ Aunque el contenido es diferente, la propuesta y sus límites son similares a los indicados por GORDON («Law as a Vocation: Holmes and the Lawyer’s Path», BURTON (ed.), *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, 2000, pp. 7 ss., p. 14), que plantea, en realidad, la exigencia de derivar criterios normativos. GORDON, que aborda la cuestión en la perspectiva de la práctica del derecho, subraya el relieve de la terminología procedente de la moral (“*malice*”, “*intention*”, “*fault*”, “*right*”, “*duty*”) y la necesidad de “excavar bajo ellas para extraer cuál es el conjunto de circunstancias para cada regla que desencadenan la responsabilidad y qué sanciones conllevan de hecho”.

¹³⁴ PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 2016, pp. 197 ss.

3. Impunitas del error de prohibición inevitable

3.1. Error de prohibición inevitable y fidelidad al derecho

La perspectiva adoptada permite alguna reflexión sobre la posibilidad de explicar que algunos comportamientos que no se ajustan al modelo de conducta de las normas concretas no sean imputadas como injustos penales es el reconocimiento en el derecho mismo de una parte “subjetiva”; y el presupuesto es la “internalización” en el sujeto de una actitud permanente de respeto al derecho como fuente de normas de conducta.

A mi juicio, la falta de conciencia de la desaprobación social del hecho, siempre que sea inevitable, es un caso de excusa: quien realiza su conducta en la creencia errónea de que respeta las normas jurídicas no se ha apartado de esta “actitud normativa” de fidelidad al derecho cuando su error es invencible; de hecho, si el error es vencible su deslealtad al derecho se encuentra en la evitabilidad del error y no en la evitabilidad de la misma conducta. Esta consideración tiene, en la lectura que FINNIS hace de HART y que he defendido antes, dos apoyos diferentes. Por una parte, en la doble dimensión del “punto de vista interno” (normas primarias y secundarias), estos casos periféricos presentan una discrepancia entre el destinatario de la norma de conducta (normas primarias) y quienes son encargados de controlar la aplicación de esas normas (norma de reconocimiento como norma secundaria). Por otro lado, se constata con ello una confirmación de que la “actitud reflexiva crítica” como exigencia del aspecto interno del derecho tiene consecuencias concretas.

La ignorancia –incluso inevitable– del derecho no implica por sí misma inimputabilidad, porque no presupone, en las categorías de la teoría de la imputación clásica, “involuntariedad” en sentido estricto. MICHELET diferenciaba entre actos involuntarios, entre los que incluía el error sobre las circunstancias que constituyen el mundo exterior, y actos mixtos, que no eran involuntarios y entre los que aparecía el caso del error sobre los principios del derecho y de la Moral (“lo que los juristas denominan *ignorantia iuris*”); estos últimos, aunque eran imputables al propio autor, podían implicar la exclusión de la culpabilidad en casos de ignorancia. Esta separación –por cierto, aristotélica– es una clasificación de los actos, pero no una división de la conciencia, que se presenta como fenómeno de forma unitaria: en un mismo acto, el sujeto sabe lo que hace –o no– y conoce –o no– la desaprobación de su hecho. La distinción responde a un análisis de acuerdo con el principio regla-excepción¹³⁵.

En la perspectiva del derecho, la cuestión no afecta sólo a la exigencia del conocimiento de la ley (*ignorantia legis non excusat*), sino que incide en la fidelidad al derecho en un sentido más amplio, y que puede entenderse si se comprende que el error sobre la desaprobación social del hecho es únicamente una excepción. De modo ordinario, quien tiene conciencia de su comportamiento, la tiene simultáneamente de su desaprobación, de tal modo que el dolo como tipo subjetivo se asocia al *dolus malus*¹³⁶; y quien actúa de modo imprudente, por lo general, ha mostrado, al menos, indiferencia sobre la desaprobación de su conducta. Por ese motivo, los casos

¹³⁵ PÉREZ DEL VALLE, PG, 2016, p. 140.

¹³⁶ PÉREZ DEL VALLE, PG, 2016, p. 140. Cfr. sobre este punto, JAKOBS, «Dolus malus», *InDret*, (4), 2009, pp. 17 ss.

excepcionales en los que no aparece esta asociación requieren una tipificación, aunque es obvio que ésta ha de resultar polémica. Precisamente aquí es donde la “actitud de aceptación” en un sentido normativo adquiere relevancia, especialmente porque ésta puede subsistir, pese a que haya infracción de una norma, en determinados contextos¹³⁷. La definición de estos contextos es, en sentido propio, la normativización de la inevitabilidad del error de prohibición¹³⁸; y la constatación del error de prohibición inevitable, la exclusión del injusto penal a través de una causa de excusa.

Como se observa, el error de prohibición inevitable se presentaría entonces como una causa de excusa, porque responde al fundamento del “derecho en sentido subjetivo” al que se refería KANT en el texto sobre el *ius necessitatis* en que iniciaba mis reflexiones. Actúa en un error de prohibición invencible el “hombre justo”, porque la infracción no ha mostrado que sea desleal al derecho como fuente de normas de conducta que considera vinculantes; la inadvertencia (inevitable) de la norma infringida es precisamente la muestra de que su actitud normativa de aceptación del derecho no se ha quebrantado. No es ahora el momento de desarrollar aspectos dogmáticos concretos, sino únicamente de delimitar esta propuesta de fundamentación. Y, en ese sentido, creo necesario ahora mostrar solamente cuál es el nivel sistemático de las causas de excusa (*impunitas*) y, en este caso, del error de prohibición inevitable.

3.2. Una argumentación sistemática: de nuevo a partir de KANT

La base de mi propuesta se encuentra en la idea del “derecho en sentido subjetivo” que he expuesto hasta el momento y presupone una diferenciación de planos entre imputabilidad y error de prohibición inevitable: la exclusión de la pena cuando el sujeto es inimputable responde a la ausencia de responsabilidad subjetiva, como relativa al sujeto, porque la imputabilidad es una exigencia previa de la imputación; la exclusión de la pena cuando existe un error de prohibición inevitable, tal como lo he expuesto, presupone un contexto en el que, pese a la infracción del derecho, subsiste una actitud normativa de respeto al derecho como fuente de normas de conducta (un “derecho en sentido subjetivo”, en la forma expresada por KANT). PAWLIK, sin embargo, rechaza esta distinción, pues imputabilidad y error de prohibición inevitable se situarían en un mismo plano de exclusión de la imputación¹³⁹, y se basa en una interpretación de KANT que no comparto: a mi juicio, existen razones para sostener la separación entre *imputabilis* e *impunitas*, pese a que ambos casos —la negación de la primera o la afirmación de la segunda— constituirían, en KANT, obstáculos a la libertad interior¹⁴⁰.

PAWLIK indica un mismo efecto sobre la base de esta afirmación de KANT que procede de las anotaciones de clases de la Metafísica de las Costumbres denominadas *Vigilantius*: “para todas

¹³⁷ Cfr. KAHAN, «Ignorance of Law is an Excuse — but only for The Virtuous», *Michigan Law Review*, (96), 1997, pp. 127 ss., p. 152, quien, sobre la base de que no parecería posible que cualquier error sobre los *mala prohibita* implicase una excusa, habla de “the need for the court to make contentious, context-specific judgments about which actors have characters good enough to be excused for their mistakes of law”.

¹³⁸ Cfr. MANSO PORTO, *Normunkennntnis aus belastenden Gründen*, 2010, pp. 122 ss.

¹³⁹ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 299 ss.

¹⁴⁰ Vid. *supra* 1.a).

estas circunstancias está vigente la regla: *ultra posse nemo obligatur*, y ellas no son imputables¹⁴¹. La cuestión es, según creo, cuál es el significado que le atribuye KANT a lo “imputable” en el texto, y que PAWLIK, con la cita de una frase inmediatamente anterior, parece mantener como una cierta continuidad: es imputable lo que “brota de la libertad del agente”¹⁴². A mi juicio, esta interpretación no es correcta, porque los textos a los que alude PAWLIK no serían suficientes para respaldarla.

Por una parte, PAWLIK menciona el pasaje de la Filosofía Práctica *Powalski*¹⁴³ en el que se transcribe la posibilidad de imputar el hecho “cuando hace algo un hombre loco o un niño menor de edad”¹⁴⁴. La cita, en sí misma, no muestra sino la insistencia de KANT en la imputación práctica a la libertad: “*Imputatio practica* significa sólo la determinación de una acción como adecuada a las leyes de la libertad, y ésta es propiamente *imputatio facti* y no *legis*”¹⁴⁵. De hecho, PAWLIK la integra en su argumento con la cita del *Vigilantius* sobre la evitabilidad a la que regresaré después. Pero me parece de interés que el transcriptor de las palabras de KANT dejase constancia de que éste se refirió también a los casos de error, y —aunque el texto es de difícil interpretación— de una forma diferenciada: tras indicar que nada puede imputarse sino lo que es libre (“*nichts kann imputirt (sic) werden als was frey ist*”), distingue el caso del error o de la ignorancia, salvo en el caso en que esté autorizado por la ley¹⁴⁶.

¹⁴¹ “(...) von allen diesen Umständen gilt die Regel: *ultra posse nemo obligatur*, und sie sind nicht imputabel” (en el § 55 de KANT, *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, 1975, p. 563). Sobre *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, obra que contiene las lecciones de Filosofía moral impartidas en el semestre de invierno 1793/1794 y recogidas por VIGILANTIUS, así como su relieve en la interpretación de KANT, cfr. HRUSCHKA, «Die species facti und der Zirkel bei der Konstitution des Rechtsfalles in der Methodenlehre des 18. Jahrhunderts», en SCHRÖDER (ed.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik*, 2001, p. 204. Alguna referencia a la versión y al mismo Johann Friedrich VIGILANTIUS, quien asesoraba en aspectos jurídicos a KANT y asistía a sus clases, en la introducción de RODRÍGUEZ ARAMAYO a KANT, *Lecciones de Ética*, 1988, p. 11, nota 13. Sobre VIGILANTIUS, en la biografía fundamental del neokantiano Karl VORLÄNDER, publicada en 1924, VORLÄNDER, *Immanuel Kant. Der Mann und das Werk*, 3ª ed., 1992, p. 301.

¹⁴² “(...) so nämlich aus der Freiheit des Handelnden entspringen” (KANT, *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, 1975, p. 563). PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 299.

¹⁴³ KANT, *Praktische Philosophie Powalski*, en el t. 27-I de la edición clásica de la Academia (pp. 91 ss.), es la edición de la notas tomadas por Gottlieb Bernhard POWALSKI, y se le atribuye la fecha de 1777 a efectos meramente indicativos, por el mero hecho de que POWALSKI, en ese año, inició sus estudios en Königsberg (cfr. entre otros la introducción de RODRÍGUEZ ARAMAYO a KANT, *Lecciones de Ética*, 1988, p. 11, nota 12). Por cierto: RODRÍGUEZ ARAMAYO (*op. cit.*, 8pp. 12 ss.) prefiere traducir la *Moralphilosophie Collins* (que aparece en el mismo volumen de la edición de la Academia que la *Praktische Philosophie Powalski*, aunque en pp. 237 ss.), que acota y conjuga con la edición de MENZER de la “*Philosophia Practica Universalis*” bajo el título *Eine Vorlesung Kants über Ethik* y que éste editó combinando tres manuscritos diferentes. Esto es: no parece que de la *Metaphysik der Sitten Vigilantius* o de la *Praktische Philosophie Powalski* puedan extraerse conclusiones tajantes sin apoyo en otros textos, y especialmente en los publicados por el mismo KANT.

¹⁴⁴ KANT, *Praktische Philosophie Powalski*, 1974, AA. 27-I, p. 156.

¹⁴⁵ KANT, *Praktische Philosophie Powalski*, 1974, AA. 27-I, p. 156.

¹⁴⁶ KANT, *Praktische Philosophie Powalski*, 1974, AA. 27-I, p. 156, número marginal 105. Como he indicado, el texto es de difícil interpretación: tras la afirmación que he incluido de forma textual, alude al caso de una acción derivada de la ignominia sería indirectamente y no directamente imputable —es de suponer: la acción de quien actúa bajo ignominia a quien la causó. A continuación dice literalmente: “*Irrtum und Unwissenheit gilt nicht, es sey daß sie nach Gesezen (sic) erlaubt sind*”. Y, de inmediato, se refiere a la imputación de un hecho casual, “que no está en nuestro poder”, pero cuando existe “concurrencia en la causa física”. A mi juicio, KANT trata aquí casos de responsabilidad en la causa, y no la excluye en el error de forma genérica, salvo que exista una autorización de la ley. Respalda esta hipótesis también el *Vigilantius*, pues de forma explícita aparece simultáneamente esta cuestión al insistir en que el agente no puede ser causa de su impotencia para actuar y cita expresamente la máxima *causa causati est causa causae*; finalmente trata también el caso de la previsibilidad y distingue entre causa próxima (no

Por otro lado, tampoco la integración con el texto del *Vigilantius* sobre la inevitabilidad y el principio *ultra posse nemo obligatur* me parece convincente, porque no se considera la totalidad del pasaje. La frase del *Vigilantius* citada por PAWLIK continúa para subrayar que “lo opuesto son todos los sucesos inevitables”¹⁴⁷ y, cuando relata algunos ejemplos de lo que denomina “*delicta fortunae*”, se refiere a aquellos casos en que superan las fuerzas del hombre, los que el hombre no ha podido prever o evitar y a lo que a él no le era moralmente permitido o estaba facultado para evitar. Lo que KANT entiende en este pasaje como imputable es, por tanto, lo evitable en un sentido amplio. De hecho, cuando a continuación aborda el objeto de imputación como lo que se basa en la libertad (“*Handlung, die auf Freiheit beruht, ist imputabel*”) y afirma que la libertad no es otra cosa que la capacidad de imputación (“*und Freiheit selbst ist nichts weiter, als die Zurechnungsfähigkeit-receptivitas imputationis*”)¹⁴⁸, habla de *receptivitas imputationis* y no de *immutabilis*.

En mi opinión, la cita del *Vigilantius* en la que se apoya PAWLIK contiene un primer desarrollo y tal vez uno de los primeros intentos de fundamentación, en el periodo crítico, de un deber jurídico interno en KANT¹⁴⁹, pero se trata de una explicación todavía poco asentada¹⁵⁰. Aunque allí emerge ya la vinculación a la ley moral como aspecto original en su concepto de imputación¹⁵¹, el marco de desarrollo es todavía el concepto tradicional de imputación del sujeto como *causa libera* (*Urheber*). Esta tesis se ve reforzada, desde mi punto de vista, en un cambio terminológico cuando se hace patente que esta vinculación a la ley moral lleva consigo la atribución al carácter inteligible del hombre, y que es la ley moral “lo que nos hace conscientes de la independencia de nuestro libre arbitrio respecto de la determinación de los otros impulsos (de nuestra libertad) a la vez que de la capacidad de imputación de todas las acciones”¹⁵². Años más tarde, al desarrollar la teoría del derecho, KANT vincula la capacidad de imputación como una cualidad que concibe como *immutabilis*¹⁵³, posiblemente porque –aunque se predica de

genera imputación) y remota (sí genera imputación): “*Mit aller Vorsicht hätte er z.B. den Erfolg einsehen können – die nächste Ursache war zwar zufällig, aber die entfernte lag in ihm*” (*Metaphysik der Sitten Vigilantius*, 1975, p. 563, número marginal 373).

¹⁴⁷ “(...), *das oppositum sind alle eventus inevitabiles*” (*Metaphysik der Sitten Vigilantius*, 1975, p. 563)

¹⁴⁸ *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, p. 564, al inicio del § 56 (número marginal 378).

¹⁴⁹ En ese sentido y sobre este concepto en el *Vigilantius*, FRIEDRICH, *Eigentum und Staatsbegründung in Kants Metaphysik der Sitten*, 2004, p. 65.

¹⁵⁰ HRUSCHKA, *ADPCP*, 2004, p. 10, nota 22, aunque en referencia a la relación entre injusto y culpabilidad, indica que en el *Vigilantius* utiliza un lenguaje cercano al nuestro (se refiere al de los penalistas), aunque “ciertamente con términos todavía no fijados con precisión”.

¹⁵¹ Por ejemplo, de forma categórica: “*nichts kann imputirt (sic) werden, als was unter Gesetzen steht*” (*Metaphysik der Sitten Vigilantius*, 1975, p. 564); y en la distinción con una mera atribución: “*Zurechnen distinguirt sich daher auch von: Jemandem einen eventum zuschreiben, insofern die Handlung auf eine mera facultas, und nicht auf einem Pflicht Gesetz beruhete*”, como en el caso de quien da un obsequio a un sirviente, que se lo gasta en bebida (*op. cit.*, pp. 564-565).

¹⁵² KANT, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, 1793, 1.I, nota al pie en p. 26. Sobre el significado de la vinculación a la ley moral en el concepto de imputación, cfr. EISLER, “Zurechnung”, en *Kant-Lexikon*, 1930; PÉREZ DEL VALLE, *InDret*, (2), 2015, pp. 2-3, nota 7, también con referencias al concepto de imputación de Kelsen y a su aceptación por PAWLIK.

¹⁵³ PÉREZ DEL VALLE, *InDret*, (2), 2015, pp. 3-4.

“acciones”, como hasta ahora – el centro de atención se ha ido desplazando desde la acción al sujeto¹⁵⁴.

La afirmación de PAWLIK, en lo que se refiere a la inimputabilidad (a los incapaces de culpabilidad), es la siguiente: KANT establece aquí ciertas concesiones a las limitaciones de capacidad psíquica del autor, mientras que la doctrina penal actual es predominante la opinión de que son ponderaciones normativas las que hacen inclinar el fiel de la balanza¹⁵⁵. Sin embargo, también aquí discrepo en la interpretación de KANT: a mi juicio, las ponderaciones de KANT en torno a la libertad son siempre normativas, porque la misma libertad es, como concepto regulativo, también normativo¹⁵⁶.

Desde luego, son claras las diferencias de planteamiento con PAWLIK cuando asimila la inevitabilidad del error de prohibición a la inevitabilidad de quien es inimputable. Mis razones han sido expuestas en los epígrafes precedentes y en algún texto anterior¹⁵⁷: en el caso de inimputable ni siquiera se pone de manifiesto un comportamiento contrario a derecho – no hay refutación de la norma: no hay injusto – mientras que esta infracción sí se confirma en el caso del error de prohibición inevitable, que yo considero una causa de excusa y, por tanto, exclusión del injusto penal. Lo que explico en este último epígrafe es, sencillamente, que esta afirmación no puede apoyarse en los textos de KANT, que precisamente he utilizado para explicar la diferencia entre ambos niveles. Cuestión diferente es que, como indiqué en un principio, la argumentación de KANT sobre el *ius necessitatis* – que es la argumentación sobre el derecho en sentido subjetivo y, por tanto, sobre la excusa como exclusión de la pena – se fundamenta de una forma análoga a la *imputabilitas*, porque ambos niveles se explican en torno a la relación entre libertad exterior y libertad interior.

¹⁵⁴ En mi opinión, PAWLIK incide en ello cuando cita el número 6778 de las Reflexiones sobre Filosofía moral: “pragmáticamente no imputo yo las comisiones que sean patológicamente necesarias, ni omisiones semejantes, sino sólo aquellas en las que lo contrapuesto es posible de acuerdo con las reglas del impulso (“*Pragmatisch imputire ich nicht die Begehungen, die pathologisch nothwendig seyn, und nicht solche unterlassungen, sondern nur die, deren gegentheil nach regeln der Neigung möglich ist*” (“*Imputatio facti*”-*Reflexionen zur Moralphilosophie*, en la edición de la Academia, t. XIX, pp. 92 ss., p. 158, reflexión num. 6778). En todo caso, debe considerarse que estas reflexiones sobre la imputación han sido fechadas aproximadamente en 1772 (cfr. SANTOS HERCEG, «Estudio introductorio», en KANT, *Reflexiones sobre filosofía moral*, 2004, pp. 16-17). indica al referirse a estas reflexiones que “no se llama ‘acción’ aquel acto al que estamos patológicamente determinados, ni aquel al que estamos obligados, así como tampoco los ‘efectos mecánicos’” (*op. cit.*, p. 26).

¹⁵⁵ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 299.

¹⁵⁶ Sobre la normatividad de la libertad existe un cierto acuerdo, y es ilustrativo aquí REATH, «Value and Law in Kant’s Moral Theory», *Ethics*, (114), 2003, pp. 127 ss., pp. 135-136, al reconocer el acuerdo general de los autores en la interpretación: “la autoridad normativa de la ley moral – su necesidad y la justificación para otorgarle su prioridad deliberativa en el razonamiento práctico y la elección – está fundada en el hecho de que nosotros nos percatamos de nuestra identidad como agentes libres y autónomos al actuar desde esta ley”. De particular interés aquí es la posición de COHEN, quien, al tratar el tema de la libertad sobre el *homo faenomenon* y el *homo noumenon*, llega a la conclusión de que no debe hablarse de libertad del *noumenon*, sino del *noumenon* de la libertad (COHEN, *Kants Begründung der Ethik*, 1ª ed., 1877, p. 226), lo que significa que “el ser moral, la naturaleza autónoma es fin en sí” (*op. cit.*, p. 233).

¹⁵⁷ PÉREZ DEL VALLE, *InDret*, (2), 2015, pp. 24 ss.

4. Recapitulación

El texto tomó como punto de partida la interpretación de un texto de KANT sobre el derecho de necesidad, y finaliza con una indagación sobre, lo que para KANT, podía considerarse inevitable como exigencia previa en la imputación de conductas. Pero el contenido de mis afirmaciones no es –como no lo es su autor– kantiano, por más que se pueda apreciar el valor otorgado a sus consideraciones sobre las exigencias de la imputación para el castigo; no es lo decisivo en la exposición precedente, el posicionamiento interno del sujeto como estado psicológico-interno, sino su actitud de lealtad o deslealtad al derecho. Precisamente, quienes mantienen posiciones psicologicistas olvidan, por ejemplo, que la función de la inevitabilidad es fijar criterios normativos en la decisión sobre el castigo del error de prohibición: si lo relevante fuese la situación de conciencia del sujeto en un momento determinado, no importaría su esfuerzo en conocer el contenido de la norma.

En todo caso, la indagación sobre el texto y su interpretación no intentaba un estudio dogmático sobre el error de prohibición, sino más bien explicar por qué entiendo que el error de prohibición inevitable es, en realidad, una exclusión del injusto penal; e incluso que el error de prohibición inevitable puede ser el *topos* de la exclusión de injusto penal, porque su fundamento (infracción de las normas sin que el derecho sea despreciado como fuente de modelos de orientación de conducta) concurre en otros grupos de casos fenotípicamente distintos (causas de excusa). Como ya he indicado, estos contextos pueden ser designados como “causas de excusa”, y la tarea pendiente es clara¹⁵⁸: la definición de los contextos de estos grupos de casos con una referencia que haga evidente la concurrencia del mismo fundamento.

5. Bibliografía

ADLER (2006), «Constitutional Fidelity, the Rule of Recognition, and the Communitarian Turn in Contemporary Positivism», *Fordham Law Review*, (75), pp. 1671 ss.

ALEXY (1992), *Begriff und Geltung des Rechts*, Karl Alber, Friburgo de Brisgovia.

ALSCHULER (1997), «The Descending Trail: Holmes' Path of Law One Hundred Years Later», *Florida Law Review*, (49), pp. 353 ss.

ARISTÓTELES (1994), *Ética a Nicómaco* (ed. bilingüe a cargo de María Araujo y Julián Marías), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

BAIRD (2008), «The Holmesian Bad Man's First Critic», *Tulsa Law Review*, (44), pp. 739 ss.

BAUCH (1923), *Wahrheit, Wert und Wirklichkeit*, Felix Meiner, Lipsia.

¹⁵⁸ Aunque he intentado ya una explicación de estos grupos de casos (cfr. PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 2016, pp. 197 ss.), soy consciente de sus carencias, en parte condicionadas por la finalidad docente de aquel texto.

- (1921), «Das Rechtsproblem in der Kantischen Philosophie», *Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis*, (3), pp. 1 ss.
- BAURMANN (2009), «The Internal Point of View as a Rational Choice?», en BAURMANN/LAHNO (eds.), *Perspectives in Moral Science. Contributions from Philosophy, Economics, and Politics in Honour of Harmut Kliemt*, Frankfurt School Verlag, Fráncfort del Meno, pp. 25 ss.
- BEISER, (2008), «Emil Lask and Kantianism», *The Philosophical Forum*, (39), pp. 283 ss.
- BERNER (1861), *De impunitate propter summam necessitate proposita*, Gustav Schade, Berlín.
- BURAZIN (2015), «The Rule of Recognition and the Emergence of a Legal System», *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (27), pp. 115 ss.
- BYRD (2005), «On Getting the Reasonable Person out of the Courtroom», *Ohio State Journal of Criminal Law*, (2), pp. 571 ss.
- COCA VILA (2016), *La colisión de deberes en derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona.
- COHEN (1921), *Ethik des reinen Willens*, 3ª ed., Bruno Cassirer, Berlín.
- (1910), *Ethik des reinen Willens*, 1ª ed., Bruno Cassirer, Berlín
- (1910), *Kants Begründung der Ethik nebst ihren Anwendungen auf Recht, Religion und Geschichte*, 2ª ed. corregida y ampliada, Bruno Cassirer, Berlín.
- (1877), *Kants Begründung der Ethik*, 1ª ed., Ferd. Dümmler, Berlín
- COLEMAN (2013), «The Architecture of Jurisprudence», en FERRER BELTRÁN/MORESO/PAPPAYANNIS (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Heidelberg/Nueva York, pp. 61 ss.
- DOHNA (1905), «Die Elemente des Schuldbegriff», *Der Gerichtssaal*, (65), pp. 304 ss.
- DWORKIN (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge/Mass.
- EMUNDTS (2008), «Emil Lask on Judgment and Truth», *The Philosophical Forum*, (39), pp. 263 ss.
- EISLER (1930), *Kants Lexikon: Nachschlagewerk zu Kants sämtliche Schriften, Briefen und handschriftlichem Nachlaß*, E. S. Mittler und Sohn-Kurt Metzner, Berlín.
- ENGISCH (1983), *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., Kolhammer, Esturcadia.
- ENGLÄNDER (2002), *Diskurs als Rechtsquelle?: zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, Mohr Siebeck, Tubingia.
- FICHTE (1797), *Grundlagen des Naturrechts*, Christian Ernst Gabler, Jena/Lipsia.

FINKELSTEIN (2006), «Hobbes and the Internal Point of View», *Fordham Law Review*, (75), pp. 1211 ss.

FINNIS (2017), «The Nature of Law», en TASIOLAS (ed.), *Cambridge Companion to Philosophy of Law* (en prensa, citas del manuscrito presentado en el Seminario KJuris-King's Legal Philosophy Workshop celebrado en el King's College London el 15 de febrero de 2017).

————— (2011), *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford.

FRIEDRICH (2004), *Eigentum und Staatsbegründung in Kants Metaphysik der Sitten*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York.

FULLER (1966), *The Law in Quest of Itself*, Beacon Press, Boston.

————— (1964), *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven/Londres.

GOLDSCHMIDT (1969), «Normativer Schuldbegriff», en HEGLER (dir.), *Festgabe für Reinhard von Frank*, t. I, reimpresión de la edición de 1930, Scientia Verlag, Aalen, pp. 428 ss.

————— (1913), «Der Notstand, ein Schuldproblem», *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 129 ss.

GORDON (2000), «Law as a Vocation: Holmes and the Lawyer's Path», en BURTON (ed.), *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, Cambridge/Nueva York, pp. 7 ss.

HABERMAS (1985), *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. I, Suhrkamp, Berlín.

HAENSEL (1926), *Kants Recht vom Widerstandsrecht. Ein Beitrag zur Systematik der Kantischen Rechtsphilosophie*, Rolf Heise, Berlín.

HART (2012), *The Concept of Law*, 3ª ed. (con introducción de Leslie Green sobre la 2ª edición de Popenoe A. Bulloch y Joseph Raz, 1994), Oxford University Press, Oxford.

HAWKINS (1716), *A Treatise of the Pleas of the Crown, Libro I*, Elizabeth Nutt, Cornhill.

HEGEL (1821, 1970), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. de Bernhard Lakebrink, Reclam, Stuttgart.

HEIDEGGER (1953), *Sein und Zeit*, 16ª ed., 1983 coincidente con la 7ª, Max Niemeyer, Tübinga.

HENRION (2005), «La présomption d'innocence, un droit à...? Comparaison franco-allemande», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, (57), pp. 1031 ss.

HRUSCHKA (2004), «Kant Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechtes», *JuristenZeitung*, pp. 1085 ss.

- (2003), «Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (115), pp. 201 ss
- (2001), «Die species facti und der Zirkel bei der Konstitution des Rechtsfalles in der Methodenlehre des 18. Jahrhunderts», en SCHRÖDER (ed.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik*, Franz Steiner, pp. 203 ss.
- (2000), «Die Unschuldsvermutung in der Rechtsphilosophie der Aufklärung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (112-2), pp. 286 ss.
- (1991), «Rechtsfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Carneades bei Gentz und Kant», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 1 ss.
- JAKOBS (2009), «Dolus malus», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4).
- (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín.
- Marco JIMÉNEZ (2011), «Finding the Good in Holmes's Bad Man», *Fordham Law Review*, (79-5), pp. 2069 ss.
- JELLINECK (1878), *Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Alfred Hölder, Wien.
- KAHAN (1997), «Ignorance of Law is an Excuse - but only for The Virtuous», *Michigan Law Review*, (96), pp. 127 ss.
- KANT (1990), *Metaphysik der Sitten*, ed. de H. Ebeling (original de 1797), Reclam. Stuttgart.
- (1974), *Praktische Philosophie Powalski, Kant's gesammelte Schriften*, t. XXVII-1 (original de 1777), Walter de Gruyter, Berlín, 1974, pp. 91 ss.
- (1975), *Metaphysik der Sitten Vigilantius, Kant's gesammelte Schriften*, t. XXVII-2.1 (original de 1777), Walter de Gruyter, Berlín, pp. 477 ss.
- (1968), *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, Kant's gesammelte Schriften*, t. VI (original de 1793), Walter de Gruyter, Berlín, pp. 1 y ss.
- (1934), *Reflexionen zur Moralphilosophie, Kant's gesammelte Schriften*, t. XIX (original de 1772), Walter de Gruyter, Berlín/Lipsia, pp. 5 ss.
- Erich KAUFMANN (1921), *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.
- KERSTING (1984), *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín.

KÜHL (1984), *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung. Zur Aktualität der Kantischen Rechts- und Eigentumslehre*, Karl Alber, Friburgo/München.

KÜPER (1999), *Immanuel Kant und das Brett des Carneades: Das zweideutige Notrecht in Kants Rechtslehre*, C.F. Müller, Heidelberg.

————— (1998), «Es kann keine Not geben, welche, was Unrecht ist, gesetzmäßig machte», en ZACZYK/KÖHLER/KAHLO (eds.), *Festschrift für E.A. Wolff: zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Springer, Berlín/Nueva York.

LAMOND (2013), «The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System», en D'ALMEIDA/EDWARDS/DOLCETTI (eds.), *Reading HLA Hart's "The Concept of Law"*, Hart Publishing, Oxford/Portland, pp. 97 ss.

LASK (1925), «Rechtsphilosophie», en WINDELBAND (ed.), *Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts-Festschrift für Kuno Fischer*, t. II, Winter, Heidelberg.

LUBAN (1997), «The Bad Man and the Good Lawyer: a Centennial Essay on Holmes's The Path of the Law», *New York University Law Review*, (72), pp. 1546 ss.

MANSO PORTO (2010), *Normunkennntnis aus belastenden Gründen*, Nomos, BadenBaden.

MCINERNEY (1996), *Aquinas and Analogy*, Catholic University of America Press, Washington D.C.

MÜLLER (1994), *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neokantianismus*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.

NANCE (2006), «Rules, Standards, and the Internal Point of View», *Fordham Law Review*, (75), pp. 1287 ss.

NATORP (1899), *Sozialpädagogik. Theorie der Willenserziehung auf der Grundlage der Gemeinschaft*, Fr. Fromann, Stuttgart.

————— (1895), «Grundlinien einer Theorie der Willensbildung (Erstes Stück)», *Archiv für systematische Philosophie*, (1), pp. 65 ss.

OLLIG (1979), *Der Neokantianismus*, J.B. Metzler, Stuttgart.

OWEN (1986), «Logic and Metaphysics in Some Earlier Works of Aristotle», en *Logic, Science and Dialect* (ed. de Martha Nussbaum), Cornell University Press, Ithaca/Nueva York, pp. 180 ss.

PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers. Grunlinien einer allgemeiner Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tubinga.

————— (2002), *Der rechtfertigende Notstand: Zugleich ein Beitrag zur Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Walter de Gruyter, Berlín.

————— (1993), *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts: ein kritischer Vergleich*, Duncker & Humblot, Berlín.

PÉREZ DEL VALLE (2016), *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid.

————— (2015), «¿Filosofía versus política criminal?», *Cuadernos de Política Criminal*, (117), pp. 91 ss.

————— (2015), «Imputabilias y teoría de la imputación», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2).

————— (2012), *La imprudencia en el derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Atelier, Barcelona.

————— (2000), «La discusión actual sobre la delincuencia por convicción», en *Cuadernos de Política Criminal*, (71), pp. 373 ss.

PERRY (2006), «Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View», *Fordham Law Review*, (75), pp. 1171 ss.

————— (2000), «Hart versus Holmes: the Bad Man in Legal Theory», en BURTON (ed.), *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, Cambridge University Press, Cambridge.

PLAXTON (2012), «The Challenge of the Bad Man», *McGill Law Journal*, (58-2), pp. 451 ss.

RADBRUCH (1956), *Rechtsphilosophie*, 5ª ed. (a cargo de Erik Wolf), K.F. Koehler, Stuttgart.

REATH (2003), «Value and Law in Kant's Moral Theory», *Ethics*, (114), pp. 127 ss.

RICKERT (1926), *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6ª/7ª ed., reed. de Vollhardt, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Stuttgart,

RODRÍGUEZ ARAMAYO (1988), «Introducción», en KANT, *Lecciones de Ética* (trad. de Rodríguez Aramayo y Roldán Panadero), Crítica, Barcelona, pp. 7 ss.

SANTOS HERCEG (2004), «Estudio introductorio», en KANT, *Reflexiones sobre filosofía moral* (traducción, estudio introductorio y notas de José G. Santos Herceg), Ediciones Sígueme, Salamanca.

SEARLE (2005), «What is an Institution?», *Journal of Institutional Economics*, (1), pp. 1 ss.

Scott J. SHAPIRO (2011), *Legality*, Harvard University Press, Cambridge-Mass.

————— (2006), «What is the Internal Point of View», *Fordham Law Review*, (75), pp. 1157 ss.

- (2000), «The Bad Man and the Internal Point of View», en BURTON (ed.), *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 197 ss.
- SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, JM Bosch, Barcelona (hay segunda edición en B de F, Montevideo, 2010).
- SMITH (1978), *Lectures on Jurisprudence*, en *The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith*, ed. de Meek, Raphael, Stein (original de 1762/1763), t. V, Oxford University Press, Oxford.
- STAMMLER (1922), *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín/Lipsia.
- (1902), *Lehre von dem richtigen Rechte*, J. Guttentag, Berlín.
- (1878), *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, Andreas Deichert, Erlangen.
- STRASSER (2006), «Holmes on Law and Morality», *Alberta Law Review*, (44), pp. 377 ss.
- SUMMERS (1963), «Professor H.L.A. Hart's Concept of Law», *Duke Law Journal*, pp. 629 ss.
- G. VIGO (1999), «Homonymia, explicación y reducción en la Física de Aristóteles», *Thémata-Revista de Filosofía*, (21), pp. 197 ss.
- VORLÄNDER (1992), *Immanuel Kant. Der Mann und das Werk*, 3ª edición reproducción de la 1ª de Felix Meiner, 1924, Marix Verlag, Hamburg.
- WELZEL (1935), *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Deutsches Druck- und Verlagshaus, Mannheim/Berlín/Lipsia.
- WILCOX (1981), «Taking a Good Look at the Bad Man's Point of View», *Cornell Law Review*, (66), pp. 1058 ss.
- WINDELBAND (1920), *Einleitung in die Philosophie*, 2ª ed., JCB Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.
- (1907), «Normen und Naturgesetzen», en WINDELBAND, *Präludien-Aufsätze und Reden zur Einleitung der Philosophie*, 3ª ed., Lipsia, pp. 279 ss.
- WINTER (2013), «Frame Semantics and the 'Internal Point of View'», en FREEMAN/SMITH (eds.), *Law and Language*, Oxford University Press, Oxford, pp. 115 ss.
- ZEIDLER (2006), «Selbstkontinuation, Korrelation und Dialektik. Bruno Bauch, Richard Höningswalg und Jonas Cohn», en FULDA/KRIJNEN (eds.), *Systemphilosophie als Selbsterkenntnis: Hegel und der Neukantianismus*, Königshausen & Neumann, Würzburg, pp. 159 ss.