

FILOSOFÍA ANALÍTICA Y TEORÍA DEL DERECHO *

Jerome HALL **

Uno de los más grandes obstáculos para el progreso de la filosofía es la dificultad de verificar los argumentos filosóficos de forma incontestable; como la vieja verdad, la filosofía no es rechazada, solamente pierde su atracción.

Por ello, es un hecho de significación general que un intento de aplicación de la filosofía analítica a la teoría del derecho pueda ser realizado de manera relativamente precisa y objetiva puesto que se encuentra disponible, como una base verificable, un avanzado sistema jurídico con profusión de conceptos y métodos bien conocidos de elucidación.

Entre las diversas contribuciones a la filosofía analítica, la de J. L. Austin ha sido reconocida por su especial relevancia para la teoría del derecho. Al describir su método de "hacer filosofía", su colega J. O. Urmson¹ dice que Austin trabajó con un grupo de estudiantes que primero eligieron un "área de discusión" y seleccionaron términos y expresiones que parecían interesantes; esto fue hecho por libre asociación, leyendo documentos y libros, no de filósofos, sino, por ejemplo, informes jurídicos de casos, libros de psicología y, por supuesto, el diccionario. Los miembros del grupo daban así, ejemplos del uso correcto e incorrecto de estos términos y, finalmente, una explicación de su uso.

Al respecto hay varios enigmas sobre esta manera de hacer filosofía. En primer lugar los diccionarios son colecciones ómnibus y parecería que se hace buen uso de su contenido sólo si un problema aparece o alguna otra cuestión se tiene a la vista. Pero mientras la incursión sea inteligible, contradice el modo de selección² argumentado. También hay problemas al considerar el uso de reportes judiciales.

* Este artículo apareció bajo el título "Analytic Philosophy and Jurisprudence" en *Ethics an International Journal of Social, Political and legal Philosophy*, vol. 77, núm. 1, octubre 1966. © Copyright University of Chicago. Traducción Permitida.

** Law Professor at Hasting College of the Law. California University.

¹ J. O. Urmson, "J. L. Austin". *Journal of Philosophy*, LXII, octubre 7, 1965, p. 499.

² En justicia a Austin debe señalarse que él prefirió "fenomenología lingüística" a filosofía "lingüística" o "analítica" y reconoció que "El hecho es mucho más rico que la dicción", *Philosophy Papers*, London, Oxford University Press, 1961, pp. 130-143.

Por ejemplo, en *A Plea for Excuses*³ Austin señala el informe *Regina vs. Finney*, un caso decidido en 1874, en el cual el acusado, un enfermero de un manicomio, fue juzgado por homicidio involuntario. Estando a cargo de un paciente que se estaba bañando, pensó que éste había salido de la tina de baño y abrió la llave del agua caliente en lugar de la fría, con lo cual quemó al paciente y le causó la muerte. Austin hace dos comentarios: 1) ambos, abogados y jueces, utilizaron un gran número de términos excluyentes de responsabilidad (*excuses*) —“accidente”, “negligencia”, “error”—, como si fueran indiferentes, equivalentes o alternativos, cuando no lo eran. 2) La instrucción que el juez Lush dio al jurado fue un “paradigma de faltas”, mientras que el defendido era un “señor de la reina inglesa”. Cuando uno se recupera de la sorpresa de esta preferencia por el discurso de un enfermero sobre el de un juez de la Corte Suprema de Inglaterra y se le informa que el defendido no pudo ser condenado legalmente por homicidio involuntario, a menos que él se hubiese descuidado al abrir la llave del agua caliente, aparentemente no hay razón en la determinación del procedimiento para distinguir “accidente” de “negligencia” y de “error”.

Si el propósito de *A Plea for Excuses* no fue criticar el lenguaje de los jueces desde una perspectiva no jurídica, sino, por el contrario, para entender el uso de términos jurídicos, otras dificultades aparecen.

Primeramente, muchas palabras del lenguaje ordinario son usadas en un sentido técnico y se requiere de gran cantidad de estudio, esto es, de una educación jurídica, para entender cómo son usados estos términos. Por ejemplo, el robo con violencia de una casa habitación (*burglary*) incluye una “entrada” (*entry*), pero la imagen suministrada por el lenguaje ordinario —un hombre entrando a una casa— no es el significado jurídico de “entrada” (*entry*). Parte de una mano dentro de una ventana tratando de levantarla, una bala disparada dentro de una habitación y un agujero taladrado en el piso de un granero, a través del cual los granos caen dentro de bolsas colocadas bajo el suelo, son “entradas” (*entries*) en sentido jurídico. La definición de homicidio del *Common Law* es matar a un ser humano con malicia premeditada. Pero “malicia” no significa malicia, y “premeditación” no es premeditación en el sentido del diccionario. El significado filosófico de la crítica no jurídica de una selección casual de expresiones de los textos jurídicos —decisiones judiciales— (*Law reports*) no es inmediatamente aparente.

³ J. L. Austin. “A Plea for Excuses”, *Aristotelian Society Proceedings*, LVII, 1956-57, pp. 1-30.

La pregunta pertinente, sin embargo, no se refiere al uso de “filosofía”, sino al hecho de que hay diferentes niveles de lenguaje, los cuales tienen distintos significados y funciones. Si tomamos las constituciones, las leyes, y a las decisiones judiciales (*case laws*) como los datos del derecho positivo, podemos distinguir la explicación del abogado de tales términos y expresiones, de la explicación dada por medio de teorías y filosofías jurídicas. El análisis, por ejemplo, de una norma de derecho penal, que establece el “robo con violencia de casa-habitación” (*burglary*) consiste en parte, en reducirlo a los tan nombrados elementos materiales, a saber: ruptura de la puerta o ventana, entrada (*entry*), casa-habitación, hora nocturna y la intención de cometer un delito. Abogados y jueces trabajan en una relativa proximidad con los datos legales y no sienten gran necesidad de sistematizar su conocimiento de una rama del derecho. Ellos están familiarizados con las partes “materiales” (esenciales) de las definiciones de delitos (tipos penales), las causas de acción y las diferentes excepciones; y la decisión judicial (*case law*) es su diccionario autorizado.

El teórico del derecho sabe todo esto, pero su interés se extiende más allá, que el promedio, del conocimiento del práctico. Para el jurista la ulterior explicación de los conceptos jurídicos dependen de teorías relevantes, esto es, de un conjunto organizado de proposiciones los cuales interrelacionan los conceptos básicos, de manera que el significado de cada uno, y consecuentemente, de cada parte del derecho al que se refiere se encuentre maximizado. Por ejemplo, una teoría de derecho penal, en la cual he tenido algún interés, se basa: a) en distinciones entre principios, doctrinas y reglas; b) en sus interrelaciones; y c) en la tesis de que solamente la conducta voluntaria debe ser penada.⁴

Las normas especifican qué es distintivo de cada delito (de cada tipo penal), incluyen verbos tales como “matar”, “incendiar”, “llevarse” y, finalmente, presuponen el “adulto normal” y la “conducta normal”. Las doctrinas contienen enunciados en términos de: a) infancia, demencia, intoxicación, error de hecho o de derecho, fuerza irresistible y necesidad; y también, b) de tentativa, incitación, conspiración y complicidad. Las doctrinas del primer tipo concernientes a incapacidad o situaciones extraordinarias, a las que Austin y otros se refieren como excluyentes de responsabilidad (*excuses*); las segundas se refieren al grado de daño. Es necesario observar que las doctrinas se refieren a los elementos comunes a todos los delitos y que el derecho penal, en conjunto, es definido por

⁴ Jerome Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2a. Ed., Indianapolis, Bobbs-Merrill Co., 1960, y “From Legal Theory to Integrative Jurisprudence”, *University of Cincinnati, Law Review*, xxxiii, 1964, pp. 154-168.

la adición de todas las doctrinas a todas las reglas. Finalmente, si se examina este cuerpo de derecho penal, compuesto por la unión de reglas y doctrinas, se verá que hay siete principios que subyacen y penetran esta estructura jurídica; están enunciados en términos de legalidad, *mens rea* (intención criminal), acto, la concurrencia o fusión de *mens rea* y acto (para formar conducta), daño, causa eficaz (*causation*) (conectando conducta y daño), y pena.

La teoría del derecho penal no sólo construye los anteriores conceptos y señala las distinciones anteriores, sino que además interrelaciona las proposiciones que implican estos conceptos. Algo ya se dijo sobre la interrelación de normas, doctrinas y principios. Los principios también están interrelacionados entre sí, esto es, conducta para causar un daño, por la cual la pena debe ser impuesta, presuponiendo todo el marco de la legalidad. Ha sido señalado suficientemente, esperamos, cómo la explicación de términos, expresiones y problemas de una teoría jurídica, se distingue de la explicación desorganizada de leyes y decisiones judiciales empleadas en la práctica del derecho. De esto parecería seguirse, extrañamente, si Austin estuvo "haciendo filosofía" en su *A Plea for excuses*, que algunos tratados de derecho penal son más filosóficos, incrementan la comprensión de los conceptos discutidos más que el propio ensayo de Austin. Una verificación de esto se encuentra, al menos, comparando el estudio de Austin sobre *coerción*, (fuerza irresistible o coacción de la voluntad) error y acto, con los textos de derecho penal inglés o americano.

Si "hacer filosofía" es solamente un ejercicio de lógica, no hay ninguna diferencia si las proposiciones que se discuten incluyen "robo", "error", "derecho subjetivo" o "derecho". Pero si hay diferencias importantes entre estos niveles de explicación, y si la construcción de pautas abre caminos más profundos de comprensión, se deberían señalar inferencias apropiadas sobre "filosofía". De acuerdo con esto, si ascendemos del nivel de la teoría jurídica (es decir, de las teorías jurídicas de varias ramas particulares del derecho) a un nivel todavía más alto, entramos al campo de la filosofía del derecho. Aquí el concepto central es "derecho" (contrastando con derecho penal, contractual o de la propiedad) y conceptos subordinados relevantes son designados por términos tales como "derecho subjetivo", "deber", "capacidad", "privilegio" y varios otros "conceptos jurídicos fundamentales". En suma, la elucidación de los abogados, la de la teoría jurídica, y la de la filosofía del derecho, representan progresivamente niveles más altos de generalización y es igualmente importante tener en mente que cada uno de estos tipos de lenguaje es

una explicación de las reglas del derecho positivo, esto es, proposiciones que tienen un significado tanto normativo como descriptivo.

La explicación de las expresiones jurídicas por el uso de esta teoría descriptiva-normativa puede ser comparada con otro ensayo de filosofía analítica el cual llevará a algunas de las materias antes mencionadas a enfoques más precisos. En un reciente simposio sobre responsabilidad, el profesor Edgar Bodenheimer, un erudito jurista, se opuso a la tesis en boga de que la pena es obsoleta. En su exposición sobre la "pena" él habló de "retribución para lo malo" y de un acto censurable que merece "consecuencias desagradables". Él reconoce que "pena" tiene varios significados y fue cuidadoso al decir que el término "sería usado" por él en su sentido moral; apuntó que este "significado restringido" se adecua más a la "noción popular del término".⁵

A esta exposición siguió la del profesor Joel Feinberg, quien hizo excepción del análisis de Bodenheimer en un "importante aspecto", a saber: objetó la connotación ética de la definición de "pena" dado por Bodenheimer. Feinberg proporcionó tres casos, de los que dice: "todos nosotros estaríamos de acuerdo en identificar . . . como ejemplos de pena en un sentido jurídico⁶ una infracción de tránsito, la condena a un caucásico sudafricano por recibir negros en su casa infringiendo la ley y una condena de homicidio". "Todos ellos", dice, "son ejemplos perfectamente claros de penas en un sentido jurídico . . . son claros modelos no controvertibles de pena".⁷

Como Bodenheimer, Feinberg reconoce que "pena" es ambigua, pero insustituible, por el hecho de que un estudioso del derecho prefiere su connotación moral, Feinberg sin embargo rechaza que: tiene la desventaja que "en base a esta definición muchos de los casos *generalmente llamados* pena, no son en absoluto ejemplos de pena y eso es verdad aun de algunos ejemplos estándar de pena en sentido jurídico".⁸ Por ejemplo, no obstante, el hecho de que el caucásico sudafricano, que recibía negros en su casa, puede haber actuado con "los propósitos morales más altos", no hay duda de que fue castigado por su acto y que su pena fue una pena en sentido jurídico.⁹ Así, también, "un hombre que infringió una reglamentación comercial cuya existencia le era totalmente desconocida".¹⁰ Feinberg agrega que "la mayor desventaja de una

⁵ Carl J. Friedlich, (Ed.) *Responsibility, Nomos III*, New York, Liberal Arts Press, 1960., pp. 88-89.

⁶ *Ibid.*, p. 153.

⁷ *Ibid.*, p. 154.

⁸ *Ibid.*, p. 156 (las bastardillas son mías).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 157.

definición de 'pena en sentido jurídico' en términos morales, es que tiende a oscurecer el examen de la justificación de pena y conduce a equivocación". Pero, puesto que Feinberg no da razones que sostengan estas afirmaciones, deben ser pasadas por alto.

Una dificultad inmediata es que, frente a esta discusión, existen dos hechos lingüísticos, dos "paradigmas" o usos "estándar" o casos¹¹ que parecen directamente opuestos, a saber: el uso popular de "pena" y el frecuente uso de "pena" para cubrir los diversos casos expuestos por Feinberg. Por tanto, es necesario algo más que una afirmación de preferencia lingüística.

La afirmación de que "nosotros" y "todos nosotros estaríamos de acuerdo en identificar como ejemplos de pena . . ." obviamente excluye a Bodenheimer y a todos los otros que sostienen que en su función más importante "pena" tiene una connotación moral y tal claridad se adquiere si "pena" está dada con un significado restringido. "Nosotros" y "todos nosotros" excluiría a Sócrates (quien distinguió el derecho de los meros mandatos del tirano) a aquellos que defienden la filosofía del derecho natural, presumiblemente a los negros de Sudáfrica que no reconocen las reglamentaciones discriminatorias como derecho; y también a los estudiosos del derecho que distinguen el derecho penal de los *quasi delitos* o meras infracciones. Se puede inferir o que el lenguaje ordinario es internamente inconsistente o, más probablemente, que diferentes propósitos y contextos están implicados en usos diferentes.

Aún más, si todos los estudiosos pudieran ser persuadidos de usar "pena" en un solo sentido (vana encuesta), esta uniformidad difícilmente tocaría los difíciles problemas de "pena" que ellos tratan de resolver. Si se busca todavía más a través de la explicación de "pena", que lo que es provisto por el uso "estándar",¹² esto puede ser obtenido mediante la consulta de teorías jurídicas y discusiones filosóficas. Si esto se hace se descubren muchos hechos importantes: por ejemplo, elude la connotación moral de "pena", que empieza por la Ética de Aristóteles, donde "pena" está restringida al hacer daño voluntariamente, el cual ha sido explicado en muchas discusiones profundamente pensadas. Se podría descubrir, como fue anotado arriba, que la teoría del derecho penal interrelaciona "pena" con otros conceptos; en lugar de preguntar cómo

¹¹ Cf. H. L. A. Hart: "En el análisis de conceptos primero necesitamos establecer . . . el paradigma o caso típico del uso de una expresión" ("Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", *University of Pennsylvania Law Review*, CV, 1957, p. 968); Cf. John Passmore, "Professor Ryle's Use of 'USE' and 'Usage'", *Philosophical Review*, LXIII, 1954, pp. 62-63.

¹² *Id.*, R. B. Brandt, "Moral Philosophy and the Analysis of Languages", (Lindley Lecture, University of Kansas, 1963).

es ordinariamente usada "pena" (lo cual da una variedad de respuestas aparentemente contradictorias); se explicaría "pena" relacionándola con conducta voluntaria; daño social y causa eficiente (*causation*) y, también, trayendo ese conjunto de interrelaciones dentro de un patrón mayor de interrelaciones de principios, doctrinas y leyes.

Debemos considerar ahora la cuestión, planteada anteriormente, de la variedad de "normas" en los sistemas jurídicos modernos, por ejemplo homicidio, el caso sudafricano, las reglamentaciones de tráfico y las regulaciones técnicas de negocios, y la conducta negligente inadvertida. Esta cuestión fue estudiada en un ensayo por H. L. A. Hart,¹³ donde critica mi teoría penal, sobre bases que indican que más que un análisis Hart se refiere a filosofía analítica.

En ese ensayo, Hart critica la tesis de que *mens rea*, término capital en el principio básico de la responsabilidad penal, sea "hacer intencional o descuidadamente un acto moralmente malo". Hart critica, especialmente, la afirmación de que "aunque *mens rea*, difiere en diferentes delitos, hay un elemento común, esencial, a saber: el hacer *voluntario* de un acto *malo* moralmente, prohibido por la ley".¹⁴ Hart señala que si la teoría de derecho penal anteriormente citada "fuese meramente una teoría de cómo debería ser el derecho penal de una buena sociedad, no sería posible refutarla... pero, por supuesto, la doctrina del profesor Hall no se ajusta a ningún sistema efectivo de derecho penal, porque en tales sistemas hay necesariamente muchas acciones... que si son voluntariamente realizadas son punibles jurídicamente, aunque nuestro código moral pueda, ya sea, guardar silencio en lo que toca a su cualidad moral, o bien, estar dividido".¹⁵

Los hechos relevantes son suficientemente simples y no requieren conocimiento jurídico alguno para ser entendidos. Nuestro sistema jurídico incluye responsabilidad estricta, donde las naciones penales son impuestas sin consideración al grado de cuidado tenido; por ejemplo, si algún alimento o droga sin marca es inocentemente transportado de una fábrica. Existen, también, penalidades para la conducta negligente o inadvertida, y todo sistema jurídico refleja un acrecentamiento inevitable de leyes de tipo arcaico. Pero el hecho ulterior es que casi todo el cuerpo de delitos del *Common Law* y un vasto orden de delitos formales

¹³ H. L. A. Hart, "Legal Responsibility and Excuses", en S. Hook (ed), *Determinism and Freedom in the Age of Modern Science*, New York, New York University Press, 1958, p. 81.

¹⁴ *Ibid.*, p. 89.

¹⁵ *Ibid.*, p. 89-90.

establecidos por la ley requieren *mens rea* como condición básica de responsabilidad.

En vista de las consecuencias prácticas, y para los propósitos cotidianos, una definición de "derecho penal" es, comprensiblemente, enfocada sólo a las sanciones penales. Otra definición que, es aún más formal que la anterior, especifica solamente el criterio de que algunas partes relevantes del procedimiento penal se encuentran instituidas y controladas por el Estado. Cuando Stephen, un siglo atrás, escribió su tratado estaba impresionado por la diversidad de normas, a las que estaban aplicadas las sanciones penales, así como por la cantidad de delitos que requerían *mens rea*. Por tanto, mantuvo que no había *mens rea* sino solamente *mentes reae*, esto es, una multiplicidad de "estados mentales" indicados por la variedad de normas y leyes. Esto lleva a la formalidad de que *mens rea* es cualquier estado mental, o ausencia de cualquier estado mental (negligencia inadvertida) expresada en cualquier proscripción (por parte del soberano) de cualquier conducta o comportamiento, en tanto se encuentre sancionado con una pena. Habían otras deficiencias en las opiniones comunes de derecho penal, por ejemplo, la falta de apreciación del significado de "daño" y "causa eficiente" (*causation*) y sobre todo, la falta de cualquier sistema u organización específica de los conceptos fundamentales.

Para tales razones fue concebida una teoría de derecho penal, la cual, aunque no capta la totalidad de cualquier efectivo sistema de derecho penal (si "derecho penal" es entendido en el sentido relativamente formal apuntado anteriormente), sí capta la parte más importante de ese derecho (formalmente definido), "importancia", que se refiere al predominante significado del *Common Law* en lo que a delitos se refiere y al vasto cuerpo de leyes marcados por la gravedad del daño y la severidad de la pena. Adhiriéndose a un significado descriptivo-normativo de *mens rea* es posible construir una teoría que englobe todo lo que conocemos como derecho penal (contrastando con *quasi delitos* y "agravios" que los estudiosos aplican a los problemas de estricta responsabilidad), el cual es efectivamente el derecho penal básico de todos los sistemas jurídicos avanzados. Ésta es la teoría previamente descrita en términos de ciertos principios, doctrinas y normas.

Lejos de ser meramente de significación académica, esta teoría no sólo se conforma las preferencias de los jueces expresadas en siglos de decisiones¹⁶ sino, además, maximiza la posibilidad de recursos de los

¹⁶ J. W. C. Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1952, p. 29: "El argumento de que un daño puede convertirse en delito sólo cuando es infligido con intención, no es una noción localista o transitoria,

abogados cuando tratan con ilícitos que no caen en la órbita de la teoría. La interpretación judicial de las leyes también muestra los innumerables esfuerzos para estrechar o circunscribir las leyes, cuyos términos literales se oponen el principio de *mens rea*. Una de las decisiones recientes más importantes de la Suprema Corte de Estados Unidos son el reconocimiento, como excepción (*defense*), de la ignorancia de una ordenanza municipal,¹⁷ y la de la ignorancia de un librero del contenido obsceno de ciertos libros,¹⁸ la cual está basada en la contradicción por parte de las leyes del principio de *mens rea*. Así también, el hecho de que los ilícitos sujetos estrictamente al problema de la responsabilidad (los sistemas jurídicos extranjeros requieren al menos negligencia como condición de responsabilidad) han sido llamados "agravios públicos" (*public torts*), etcétera, por muchos estudiosos de derecho, revela, también, la significación y la influencia de un punto de vista descriptivo de derecho penal.¹⁹ En suma, al distinguir entre las prescripciones ordinariamente llamadas "normas penales", se hace posible construir una teoría que no solamente capte una importante parte de ellas, sino que además establezca un marco para el conocimiento organizado de ellas. La teoría también proporciona un punto ventajoso establecido firmemente desde el cual se pueden criticar y mejorar las normas que no se conformen a los estándares y criterios específicos. Se puede agregar que el hecho de que una teoría cubra sólo ciertos datos pero no otros, es característico de todas las teorías. De ahí que el modo de refutar una teoría es construir una diferente que, al menos con el mismo significado, cubra estos datos tanto como otros.

La mencionada teoría descriptiva-normativa del derecho penal se basa no solamente en *mens rea*, sino sobre el ulterior esfuerzo ("acto"), característico de la conducta voluntaria que ha producido el daño; sobre la causación (*causation*), en el sentido de autoría; en el daño, visto como

es tan universal y persistente en los sistemas jurídicos maduros, como la creencia en la libertad de la voluntad humana y una consecuente capacidad y deber del individuo normal para elegir entre el bien y el mal"; *Morissette v United States*, 342 U. S. 246, 250, (1952).

¹⁷ *Lambert v California*, 355 U. S. 225, (1957).

¹⁸ *Smith v California*, 361 U. S. 147, (1959).

¹⁹ "Si se considera que debe existir responsabilidad estricta para ciertas faltas menores, entonces estas faltas deberían ser excluidas del derecho penal en el sentido más estricto y, siguiendo el ejemplo de algunos países europeos, ubicarlas en otra rama del derecho vigente en el derecho de infracciones o en alguna categoría similar. Un código penal moderno no debería incluir en sus normas la penalización a aquellas que no son personas culpables". Mihajlo M. Acimovic, "Conceptions of culpability in Contemporary American Criminal Law". *Louisiana Law Review*, xxvi, diciembre de 1965, p. 38.

un disvalor social; y en la pena, interpretada en su relación con esos conceptos descriptivos-normativos. Cuando estas nociones son traídas dentro de interrelaciones significativas, cada una de ellas gana en significado; la misma clase de avance en comprensión y elucidación que es representada por teorías de ciencia física opuestas al antiguo ensayo y error *ad hoc*, asistido por una conglomeración de doctrinas desorganizadas es también reflejado en una teoría de una rama del derecho.

“En lo abstracto”, la filosofía analítica de las causas excluyentes de responsabilidad (*excuses*) podría tomar en cuenta tales teorías. Pero esto requerirá de un análisis neutro que no es característico de esa filosofía, cuyas preferencias metafísicas se parecen a aquellas del *Concepto de Mente* de Ryle (1949).²⁰ Ryle dice ahí que en el “empleo ordinario” “discutimos si la acción de alguien fue voluntaria o no solamente cuando esta acción parece haber sido su falta”.

“... de la misma manera, en la vida ordinaria surgen preguntas sobre responsabilidad solamente cuando a alguien se le imputa justa o injustamente un ilícito”. “Pero”, agrega Ryle “los filósofos tienden a describir como voluntarias no sólo las acciones reprobables, sino también las meritorias,²¹ no solamente cosas que son faltas de alguien, sino también que son a su favor”. Más adelante Ryle sostiene que algunas veces “oportunemos cosas hechas voluntariamente con aquellas sufridas bajo coacción. Pero esto, dice, es solamente decidir si una persona hizo algo o si ese algo le fue hecho a ella”.²² Nuevamente se encuentra una preferencia por un uso particular y se descuida el hecho de que el lenguaje ordinario incluye el uso de “voluntario” y “responsabilidad” en un sentido meritorio, “su ayuno, cuando las relaciones eran escasas, fue voluntario”; “el sospechoso voluntariamente se entregó”; la cita dice: “el soldado X voluntariamente ocupó su puesto en el punto más peligroso”. Similares usos de “responsabilidad” pueden ser señalados. “Voluntario” está íntimamente asociado con “libertad” y “libertad”, en el sentido de capacidad, o poder hacer lo que se quiere hacer, es tan común o “estándar” como lo es “libre de coacción”.²³ Existe también diferencia

²⁰ También Gilbert Ryle, “The Theory of Meaning”, en C. A. Mace (ed), *British Philosophy in the Mid-Century*, London, George Allen and Unwin, 1957, p. 239; y Passmore, *op. cit.*

²¹ Gilbert Ryle, *The Concept of Mind*, New York, Barnes & Noble, 1949, p. 69.

²² He ahí el no poco común valladar “cuestiones de inculpación y exculpación no necesitan suscitarse”, *Ibid.*, p. 73, las bastardillas son mías.

²³ “La libertad jurídica no nos dice qué le está facultado a uno, sino lo que puede hacer uno... sólo a través de lo que uno puede hacer, lo que uno está facultado a hacer recibe alguna significación real”, Nicolai Hartmann, *Ethics III*, trad. Stanton Coit, London, George Allen and Unwin, 1932, p. 40.

entre libertad de elección y libertad de acción. La primera es una cuestión de conocimiento por lo que es incrementada mediante educación. Un reporte relevante en primera persona podría ser "yo sabía lo que deseaba". "Decidí hacer X." "Percibí el esfuerzo que estaba haciendo y mi habilidad para alcanzar mi objetivo".

Con estos diversos usos lingüísticos a la vista, se puede captar mejor el ataque de Hart en su muy conocido ensayo *The Adscription of Responsibility and Rights*,²⁴ donde señala que "en nuestro lenguaje ordinario existen frases cuya función principal no es describir cosas... o algo más, ni expresar o avivar... emociones, pero sí... reclamar derechos... reconocer derechos... adscribir derechos... transmitir derechos... y admitir o adscribir o hacer acusaciones de responsabilidad". Su "propósito principal" es mostrar que tales enunciados como, por ejemplo, "él lo hizo" no son descriptivos, sino adscriptivos; "su función es adscribir responsabilidad por las acciones". Aunque Hart habla de una función "primaria" de tales expresiones, su propósito es simple —él desea probar que ciertos conceptos no son descriptivos.²⁵

De inmediato aparecen dificultades al hablar de la adscripción de responsabilidad por una acción. El enunciado "él lo hizo" (que emplea Hart) sirve para identificar a una persona; más aún, hablamos de ser responsables de un efecto, por ejemplo: un daño; no de la simple acción de alguien. Pero ya que estas cuestiones han sido discutidas por otros,²⁶ es necesario agregar aquí solamente que la adscripción de responsabilidad por un daño penal presupone la competencia o normalidad del actor y el hecho de que él produjo (*caused*) ese daño. La adscripción de responsabilidad en el sentido de imputar o imponer responsabilidad es solamente el último paso de una investigación que debe haber estado

²⁴ H. L. A. Hart, "The Adscription at Responsibility and Rights", reimpresso en A. G. N. N. Flew (ed), *Essays on Logic an Language*, London, A. R. Mowbray and Co., 1951, p. 145.

²⁵ P. T. Geach, "Ascriptivism", *Philosophical Review*, LXIX (1960), p. 221: "Los adscriptivistas sostienen que decir que una acción X fue voluntaria por parte de un agente A no es *describir* el acto X como causado de cierta manera, sino *adscribirlo* a A, hacer responsable a A de ese acto. Ahora bien: hacer responsable a un hombre es una actitud moral o cuasi-moral, y, siendo así, argumentan los adscriptivistas, no hay aquí cuestión alguna de verdad o falsedad como no la hay respecto de los juicios morales." En realidad es difícil percibir en el estudio de Hart una posición consistente que sea opuesta a la opinión general de que los conceptos que él explica son tanto descriptivos como adscriptivos. Así, Hart escribe que un juicio jurídico es "un compuesto o mezcla de hechos y derecho" ("The Ascription of Responsibility and Rights", p. 146); pero él se concentra en la adscriptividad del "elemento jurídico de esos compuestos o mezclas" (*ibid.*) y llega a sostener que éstos son "revocables".

²⁶ George Pitcher, "Hart on Action and Responsibility", *Philosophical Review*, LXIX (1960), p. 226.

precedida por las determinaciones fácticas de imputabilidad y autoría. Es posible, por supuesto, trazar una línea rígida entre estos hechos y la imposición de responsabilidad ("adscripción de responsabilidad"); pero hacer esto es ignorar la íntima relación entre estos hechos y la sentencia. Ésta, obviamente, no es una descripción de los hechos arriba mencionados en el sentido ordinario de "descripción", dicho en términos de un pretexto. Pero los hechos de imputabilidad y autoría y la sentencia están tan íntimamente relacionados que esta última se ajusta, es "apta" o "correcta" sólo con referencia a los primeros. Esto no es estrictamente suficiente para decir que la adscripción de responsabilidad no es descriptiva.

Es opinión común considerar que las expresiones jurídicas que incluyen términos tales como "contrato", "homicidio" y "responsable" sean parcialmente adscriptivas. El descubrimiento de Austin de que frases tales como "prometo", "consiento" son *performativas*, no son, tampoco, nuevas para los estudiantes de derecho o para cualquiera que haya celebrado un convenio. La tesis de Hart, sin embargo, se extiende más allá de los límites de las discusiones dedicadas a los juicios éticos y a la imputación de responsabilidad. Como hicimos notar, Hart sostiene que los enunciados que se refieren a acciones tales como "él lo hizo", son adscriptivas, no descriptivas, y lleva esto al punto de mantener que "intención" y *mens rea* y "voluntario" son solamente adscriptivas. No existe, por supuesto, ninguna conexión necesaria entre las dos posiciones y un filósofo podría sostener que "intención" es descriptiva de un estado mental y también que un juicio moral no lo es.

La presente cuestión se reduce a ver si los términos jurídicos que Hart discute, especialmente *mens rea* (intención criminal) y "voluntario" son descriptivos o explicativos o algo más, así como adscriptivos. Hart no considera que pueda haber diferencias cruciales entre el derecho de contratos y el penal; aplica su tesis de adscripción a ambos. Pero es bien sabido que, en algunas teorías sobre derecho de los contratos, y quizás en la tesis dominante, "acuerdo de voluntades" tiene, completamente, un sentido externo, el cual no es normalmente el caso en derecho penal como aparece claramente cuando considera "intención" y "voluntario".

Hart señala que los conceptos jurídicos tales como "contrato", "homicidio", "voluntad", "intención" y "acto" son *revocables*, y habla de "éstos como característica de los conceptos jurídicos".²⁷ Pero a lo que él

²⁷ *Fid.*, *supra* nota 25. Más tarde Hart reconoce que "por supuesto, nosotros hacemos uso frecuentemente de conceptos jurídicos en enunciados descriptivos y en otros enunciados... que pueden ser verdaderos o falsos", por ejemplo, "ella es la esposa del señor Robinson" (Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights", p. 156).

se refiere es a que ciertas excluyentes de responsabilidad (*excuses*) "pueden anular la pretensión de que hay un contrato válido".²⁸ Esta confusión entre anulación de una pretensión y el propio concepto de demanda lleva, a través de su discusión, a consecuencias desafortunadas, como la confusión entre la acusación del *prosecutor* (*prosecutor's charge*) y el concepto de delito imputado (*crime charged*); pero, o bien, un delito fue cometido, esto es, todos los elementos están presentes, o bien lo contrario es verdad.²⁹

Al discutir "contrato", Hart señala que una demanda puede ser atacada por la negación de los hechos, o, más importante para este propósito, oponiendo una excepción, por ejemplo falta de representación, coacción de la voluntad, demencia, etcétera (y, hubiera podido agregar, admitiendo los hechos, pero alegando que ellos no entendían la causa de la acción). Hart conviene en que los filósofos (hubiera podido agregar juristas)³⁰ han proporcionado fórmulas relevantes y que Pollock, una autoridad en materia de contratos, ha dicho que "el consentimiento debe ser verdadero, total y libre".³¹ "Pero", señala Hart, "tal fórmula general puede ser profundamente equívoca (para quien, no está especi-

Lo que debe hacerse notar es: a) que precisamente se hace el mismo uso descriptivo en "D privó de la vida a X"; b) que en un tribunal el juicio "ella es la esposa del señor Robinson" dependen de reglas jurídicas o leyes (sobre el matrimonio y el divorcio, la jurisdicción, la total fidelidad y crédito) tanto como ocurre tratándose del juicio "D privó de la vida a X"; y c) que el enunciado no es, o no es meramente, adscriptivo, pues está basado en la comprobación del hecho, no menos que lo está el enunciado no jurídico "ella es la esposa del señor Robinson".

²⁸ Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights", p. 148; las bastardillas ("claim") son mías.

²⁹ La elección de "revocable" no fue feliz, porque un "acto revocable" como lo sugirió Hart es uno que tiene validez, pero que en lo futuro puede no tenerla, e. g., por la falta de una condición específica. La observación de Hart no es la de que fue cometido un delito y que éste fue de alguna manera revocado posteriormente (e. g. por el indulto de un gobernador), sino, como todos estamos de acuerdo, que un delito no fue cometido (o que un contrato no fue celebrado) si una "excluyente de responsabilidad" ("excuse") es aceptada.

³⁰ Si la ley no prevé explícitamente otra cosa, una persona es susceptible de ser castigada sólo si cometió con intención perjurio (*felony* o *misdeemeanor* en el sentido de un delito penal no grave [N. del T.]) Cualquiera que cometa un acto a sabiendas y voluntariamente comete un perjurio (*felony* o *misdeemeanor*, en el sentido mencionado) con intención" (Código Penal Federal suizo de 21 de diciembre de 1937, título II, pfo. 3º, art. 18). Artículo 7º del Código Penal Yugoslavo (promulgado en 1951 y reformado en 1957): "2/A Un delito penal se comete con intención cuando el agente estaba consciente de su acto y quiso cometerlo (*intención directa*); o cuando estaba consciente de que una consecuencia prohibida podía resultar de su actividad u omisión y hubo consentido en su ocurrencia (*intención eventual*)": Milhajlo M. Acimovic, "Conception of Culpability in Contemporary American Criminal Law", *Louisiana Law Review*, xxvi, diciembre de 1965, p. 31.

³¹ Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights", p. 150.

ficado) para el aspecto positivo de la doctrina, 'consentimiento debe ser verdadero total y libre' es solamente exacta como enunciado del derecho, si éste es entendido como un compendio de alegato (interposición) de excepciones". "Es, por tanto, decir que excepciones tales como coacción de la voluntad, y algunas otras que pueden ser agrupadas con ellas, son admitidas."³² Y, para Hart, la práctica del derecho "hace esto claro", ya que él cree que el demandante no debe probar que el consentimiento era "verdadero", "total" y "libre".

Pero esto confunde el procedimiento jurídico con el significado de tal procedimiento, cuando está combinado con la suposición de capacidad normal y acción normal, sobre la cual descansa. Por ejemplo en derecho penal siempre se supone que el acusado es capaz, y sería absurdo requerir que la acusadora pruebe con todos los casos que el acusado es capaz. Cuando un alegato de demencia es promovido, en la mayoría de los Estados, la acusadora debe probar que el acusado era capaz cuando actuó, mientras que en otros países, incluyendo Inglaterra, la defensa debe probar la demencia; si esto fracasa, el veredicto "culpable" implica que el requisito *mens rea* estaba presente. Igualmente si se demanda por incumplimiento de contrato se debèn probar ciertas acciones y condiciones (oferta, aceptación y causa) que se suponen correctas, hasta que es refutado por la defensa. Si el jurado falla a favor del demandante, su veredicto descansa en la preponderancia de la evidencia de que las condiciones fueron normales. El hallazgo del consentimiento normal, es necesariamente una inferencia deducida de los factores externos interpretados a la luz de la experiencia de los miembros del jurado.

Al aplicar su tesis al derecho penal, Hart señala que "los intentos de definir, en términos generales, 'las condiciones mentales' de responsabilidad . . . sólo no serán equívocos si sus términos generales y positivos son tratados meramente como un replanteamiento o sumario del hecho de que varias y heterogéneas defensas o excepciones son admitidas".³³ De ahí que él sostenga una tesis muy diferente: "Lo que se entiende por elemento mental *mens rea*", en la responsabilidad penal, sólo se puede entender considerando ciertas defensas o excepciones, tales como error de hecho, accidente, coacción de la voluntad, provocación, demencia, minoría de edad."³⁴ Establecer que se deben considerar las defensas o excepciones para entender *mens rea* (lo cual, desde luego, es admitido) está lejos de afirmar que *mens rea* es sólo "un sumario de . . . varias defensas heterogéneas". Hart señala por tanto que "en la búsqueda del *ignis*

³² *Ibid.*, p. 151.

³³ *Ibid.*, p. 152.

³⁴ *Ibid.*, pp. 152-53.

fatuus de una fórmula general, los teóricos del derecho han pensado en imponer una unidad falsa... sobre estas defensas o excepciones heterogéneas... sugiriendo que serían admitidas como meras evidencias de la ausencia de algún elemento único ('intención')... Esto es equívoco, porque lo que el teórico pseudorrepresenta como evidencia negando la presencia de elementos mentales necesarios, son, en realidad, criterios múltiples o bases para anular el alegato de responsabilidad".³⁵ Pero esto no considera la posibilidad (el corriente uso estándar) de que la razón para excusar a una persona (anulando el alegato de responsabilidad) es que carece de la *mens rea* requerida (es decir, los dos van juntos). Por esto es arbitrario formular el problema en términos de o bien necesariamente elemento mental o anulación de responsabilidad. Hart no discute ninguna diferencia funcional entre "evidencia que niega..." y "bases para anular..."; por el contrario, después de un uso dudoso de Aristóteles,³⁶ Hart señala: "por supuesto es posible representar la admisión de estas diferentes defensas o excepciones para mostrar que hay un elemento mental único ('voluntariedad') requerido como condición mental necesaria (*mens rea*) de responsabilidad penal completa".³⁷ Pero él reafirma su tesis que *mens rea* no es descriptiva, que solamente excluye las defensas.

³⁵ *Ibid.*, p. 153. Actualmente existe una gran discrepancia entre los teóricos continentales y los angloamericanos y entre ambos grupos por lo que a la consideración de la excluyente de responsabilidad (*excuse*) y la justificación se refiere. Por ejemplo, en la teoría alemana, las cuestiones de capacidad —minoría de edad, insanía mental y la intoxicación grave— son tratadas como presupuestos de la culpa (bilidad); *id est*, la "excluyente de responsabilidad" (*excuse*) presupone la capacidad normal y está limitada a materias tales como la coacción de la voluntad y la auto-defensa excesiva. En el derecho angloamericano la excluyente de responsabilidad y la justificación son interpretadas simplemente como defensas, y no pocos esfuerzos se han hecho para distinguirlas. El autor de este escrito ha relacionado las excusas de responsabilidad y las justificaciones con los principios del derecho penal.

³⁶ Hart afirma que en "la explicación de Aristóteles (véase su *Ética*, libro III) ... , la palabra 'voluntario' sirve en realidad para excluir (la responsabilidad) (casos de causa excluyente de responsabilidad) ... y no para designar un elemento o un estado mental" (Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights", p. 153). Pero Aristóteles no sólo explicó las excluyentes de responsabilidad; él también dijo: "Ahora bien, el hombre actúa voluntariamente, pues el principio que mueve las partes instrumentales de su cuerpo en tales acciones están en él, y las acciones respecto de las cuales dicho principio se halla en el hombre mismo está en poder de éste el hacerlas o no. Tales acciones, por lo tanto, son voluntarias" (1110 a 15-18). Aristóteles repite esto varias veces (*vid.*, *op. cit.*, 1110 b, 1111 a 22-23) y dice también que "la elección (de hacer o no hacer una acción) implica un principio racional y discernimiento" (1112 a 17-18). "Nosotros deliberamos acerca de las cosas que están en nuestro poder hacer y que pueden ser hechas" (1112 a 30). "El origen de la acción —su causa eficiente, no su causa final— es una elección, y esta elección es deseo y razonamiento con vista a un fin" (1139 a 32-33).

³⁷ Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights", p. 154.

Por supuesto, *mens rea* excluye las defensas. Pero esto no prueba que *mens rea* no tenga ninguna función descriptiva o normativa positiva. Que tenga tales funciones en la teoría de derecho penal discutida anteriormente, es evidente por el hecho de que los principios, incluyendo *mens rea*, son derivados, no de las doctrinas (defensas) solamente, sino de las doctrinas adicionadas a las normas (las cuales, debe recordarse, son establecidas en términos de comisión intencional o negligente de ciertos daños). Así, *mens rea* no significa solamente que las defensas están excluidas, quiere decir, además, que el acusado hizo intencional o descuidadamente lo que las reglas prohíben. Un acto delictuoso es la fusión de *mens rea* con el esfuerzo requerido para efectuar el daño, por ejemplo: "*A* disparó intencionalmente a *B*". Decir que *A* no es un demente, no significa que *B* era un venado; y que no fue amenazado por nadie no aclara nada; deja la acción de *A* proscrita por la norma. Así las defensas parecen conceptos negativos —que necesariamente presuponen unos positivos— error presupone que existe percepción correcta, demencia, capacidad, etcétera. La exclusión de las defensas presupone la normalidad del defendido y su conducta; *mens rea* es descriptiva de su estado mental y ese principio expresa también desaprobación de su conducta.

Las normas son más importantes que las doctrinas por el hecho de que ellas implican la condición normal; y, por tanto, es posible concebir un sistema jurídico (primitivo) que consista solamente de normas, pero no uno que consista solamente de doctrinas (defensas). Puesto que aun una enumeración de todas las defensas haría necesario afirmar, cuando ninguna defensa fuera aceptada, que una persona es responsable, porque voluntariamente cometió un daño proscrito. No quiere decir que la exclusión de defensa implique solamente que el defendido sea responsable, ya que no hay "responsabilidad en el aire"; en la vida cotidiana, como en el derecho, es necesario responder la pregunta —¿responsable de qué?—. Las normas, no las doctrinas o su exclusión, contestan esta pregunta.

En la experiencia de todos los días y en muchas psicologías y filosofías, "acción" implica pensamiento, planificación, anticipación de un fin para ser alcanzado, visualización de un cambio en un estado de cosas y, por supuesto, un esfuerzo requerido para ejecutar un plan. El derecho se construye sobre esa experiencia ordinaria, y en la mayoría de los casos se convierte en negación de los hechos establecidos (las normas). Nada está dicho sobre error, demencia, coacción de la voluntad, etcétera; si la premisa de conducta normal no es puesta a prueba, *mens rea* se encuentra implicada en el veredicto de culpabilidad. En una minoría

de casos una defensa (excluyente de responsabilidad o excepciones) es alegada, la acusadora no sólo debe rechazar el alegato, sino debe probar, también, que el acusado hizo ciertas cosas. Suponiendo que el acusado simplemente niegue haber hecho lo que le es imputado, por ejemplo, alegando una coartada o error de identidad. La discusión de las defensas sería irrelevante y su exclusión no podría posiblemente llevar a nadie a concluir que se ha cometido un delito. Y si estos alegatos (coartada, etcétera) son rechazados, la *mens rea* caracterizaría la acción del defendido tal como sucede si un alegato de demencia o error es rechazado.³⁸

En lugar de argumentar que las funciones de *mens rea* solamente excluyen defensas, sería más correcto y persuasivo argüir que la aceptación de una defensa funciona para excluir *mens rea*. Pero esto no implica que las defensas sean meras fórmulas o funciones. Por el contrario, es porque una defensa es descriptiva de un estado mental y de una conducta anormal cuya función es exculpar. Así, si el propósito de los filósofos analíticos fue exorcizar los estados mentales, han empleado conceptos que son inconsistentes para este propósito. Así, finalmente, los alegatos de defensa son tan "revocables" como la pretensión de que un contrato fue hecho o la acusación de que un delito ha sido cometido; el jurado puede no creer la defensa.

La influencia de Ryle en el análisis lingüístico de defensas es obvia —sustituir "los alegatos de defensa" por "expresiones de teorías" es suficiente—. Aunque el énfasis de Ryle en la expresión de teorías, más que sus descubrimientos o construcción, dio cierta plausibilidad a su identificación de pensamiento y habla, es difícilmente útil para considerar las defensas. En una discusión de tales defensas no se pueden evitar las normas jurídicas y sus referencias a estados mentales, ya que la defensa no puede ser entendida a menos que se entienda qué es lo que se defiende.

Mucho antes del conductismo verbal de Ryle,³⁹ el conductismo watsoniano y el de sus sucesores en psicología, ha estimulado a los juristas

³⁸ Hart se traslada de la exclusión de las causas excluyentes de responsabilidad a la exclusión de todas las defensas. Sin embargo, esto no mejora su caso. Alguien que niegue haber hecho algo ("yo no lo hice", "yo no le disparé") no está esgrimiendo una causa excluyente de responsabilidad, ni en el discurso jurídico, ni en el discurso ordinario; y aun cuando se acepte el cambio de Hart de todas las defensas, de ello no se sigue que el único "valor efectivo" de *mens rea* sea el excluir las defensas. Dado que las defensas son de significación o importancia negativa, no pueden ser entendidas aparte de un estado mental positivo relevante y de una acción.

³⁹ Véase C. A. Campbell, "Ryle the Intellect", *Philosophical Quarterly*, vol. III, 1953, y A. C. Ewing "Professor Ryle's Attack on Dualism", *Aristotelian Society Proceedings*, vol. LIII, 1952-53 (ambos artículos reimprimos en H. D. Lewis [ed.], *Clarity is not*

realistas y a otros a descubrir formas para prescindir de estados mentales. Ellos se debatían sobre las rocas del derecho penal y otras ramas del derecho, los cuales son inteligibles sólo si son considerados los estados mentales. El comportamiento externo de un homicida intencional, uno imprudencial y uno descuidado, será exactamente el mismo. Las diferencias significativas son aceptadas sólo descubriendo los diferentes estados mentales. Por ejemplo, si el poner una cuchara de azúcar en una taza de té de otra persona fue un acto inocente o un intento de homicidio. Por supuesto, una inferencia del estado mental de alguien debe estar basado en acciones observables o en el hablar, incluyendo confesión; sin embargo, el autor puede inmediatamente revelar su estado mental. Es también verdad que se toman decisiones que nunca son llevadas a cabo; solamente él tiene conocimiento de estas decisiones.⁴⁰ Así, la dependencia de la acción externa en la búsqueda del hecho y la existencia de estados internos son cuestiones muy diferentes.

Una manera de hacer filosofía es juzgada por sus resultados. Por eso las conclusiones hechas antes se encuentran vinculadas a la estimación que se tenga de los métodos empleados en la aplicación de la filosofía analítica a la teoría del derecho. Aunque los métodos son a veces valuados en sí mismos aparte de cualquier cualidad estética o interés. Hart examina su manera de hacer teoría del derecho en un ensayo destinado a elucidar el uso de "derecho" ("derecho subjetivo") y "corporación" (persona moral). Desde su punto de vista el uso de estos términos "no se entiende porque comparados con las palabras más ordinarias, estas palabras jurídicas son... anómalas". Por esto quiere decir, que palabras tales como "corporación" y "derecho" "no tienen exacta conexión con las contrapartes en el mundo de los hechos", como tienen la mayoría de las palabras ordinarias.

Tratando de entender el método de Hart se debe, primero, compararlo con las teorías que él rechaza: 1) que una palabra se da para un hecho psicológico, o inesperado o complejo; por ejemplo, la teoría de los realistas jurídicos americanos, en que un derecho es un término usado

Enough, London: George Allen and Unwin, 1963), y los artículos publicados en el *Journal of Philosophy*, XLVIII, 26 de abril de 1951, pp. 257-301.

⁴⁰ Hart afirma: "Yo no he mantenido forma alguna de conductismo pues... 'él lo hizo', en mi opinión, nunca describe simplemente esos movimientos" (Hart, "The Ascription...", p. 165). Presumiblemente esto significa que "él lo hizo" es adscriptivo. La persistente exclusión por Hart de "ciertos elementos psicológicos", de "elementos mentales necesarios" y de elementos semejantes, es suficiente para asociarlo con los psicólogos conductistas. Puedo sugerir además que el conductismo verbal es incongruente, como lo es la exclusión de estados mentales unida a la confianza de la importancia de la adscripción.

para predecir el comportamiento de los jueces; 2) que un derecho es una ficción que no representa ningún hecho (teoría realista escandinava); 3) que un derecho representa algo (una corporación) diferente de otras cosas, que no lo podemos tocar, ni oír, ni ver, ni sentir (una teoría fuera de moda)⁴¹ y 4) la licencia (nominativa) de definir palabras como a uno le plazca, ya que es (“trivializar” las dudas sobre “derecho” (*Law*) y “derecho subjetivo” (*right*)). Hart, pues, describe su método de “elucidación” explicando cómo un juego de cartas es juzgado—su regla en cuanto a la carta más alta, con lo que un jugador se “anota un punto”— y él concluye: “en estas circunstancias el jugador ha hecho una jugada”. Esto, dice él, no es proveer un sinónimo; esto elucida el uso de las expresiones mencionadas especificando las condiciones bajo las cuales la oración completa es verdadera y mostrando cómo es usada en la deducción de una conclusión de las reglas en un caso particular. Hart concluye: “yo consideraría lo siguiente como una explicación de la expresión ‘un derecho’ (en sentido subjetivo)”:

1) Un enunciado de la forma “X tiene un derecho” es verdadera si las siguientes condiciones son satisfechas:

a) Existe un sistema jurídico.

b) Bajo una o varias normas del sistema alguna otra persona Y, por los hechos que han sucedido, está obligada a hacer o abstenerse de una acción.

c) Esta obligación es hecha depender por el derecho de la opción de X o de alguna persona autorizada para actuar en su nombre; así, Y está obligado a hacer o abstenerse de alguna acción solamente si X (o cualquier persona autorizada) así decide, o alternativamente sólo hasta que X (o tal persona) decida otra cosa.

2) Un enunciado de la forma “X tiene un derecho” es usada para determinar una conclusión jurídica en un caso particular que cae bajo tales reglas.⁴²

En primer lugar, se debe preguntar: ¿existen términos jurídicos anómalos en el sentido anterior? ¿Difieren, en la manera que Hart sostiene, de los términos ordinarios? ¿Para Hart el término ordinario es “mesa”,

⁴¹ H. L. A. Hart, “Definition and Theory in Jurisprudence”, *Law Quarterly Review*, LXX, 1954, p. 39, nota 2. (Existe traducción española de Genaro R. Carrió con el título “Definición y Teoría en la Ciencia Jurídica” en H. L. A. Hart, *Derecho y Moral (Contribución a su Análisis)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 98. *N. del T.*)

⁴² *Ibid.*, p. 49 y pp. 105 y 106 de la trad. esp.

por tanto, es inmediatamente aparente que él está comparando un concepto muy estrecho de percepción con una concepción teórico-jurídica de alto nivel (que resultaría de una comparación de "derecho" con "materia" o "belleza")?

Está también implicando que los términos ordinarios y los términos jurídicos están claramente separados, pero "mesa" puede ser un término jurídico, por ejemplo: si una regla de parques prohíbe sentarse en las mesas y hay bancos cuadrados que son más altos que los bancos, pero más bajos que las mesas usadas por la gente en *picnics*. Hart también simplifica mucho el problema de las palabras explicativas que tienen su "contraparte en el mundo de los hechos". Hart asume que la definición ordinaria de "mesa" basta para entender su uso, pero en cuanto a los conceptos jurídicos "estamos confundidos cuando tratamos de entender nuestro propio aparato conceptual".⁴³ Sin embargo, las controversias epistemológicas en relación con la percepción, hacen aparecer muchas confusiones y se requiere una considerable sofisticación para entender enunciados como "hay una mesa".⁴⁴ Suponer que entendemos inmediatamente tales enunciados, pero que se requiere un análisis más extenso para entender "X tiene un derecho" es prejuzgar ambos problemas, y es oscurecer el entendimiento de uno contrastando arbitrariamente con el entendimiento del otro.

Tampoco es la especificación de condiciones necesarias para la "verdad" de una expresión, peculiar de la elucidación de afirmaciones que incluyen términos jurídicos. Toda expresión, para ser inteligible, requiere su inclusión en un contexto. Para elucidar, por ejemplo, proposiciones sobre "mesas" a personas de diferentes culturas, se debería especificar que la gente no extiende la ropa en el piso, o pone comida sobre él, o se agacha sobre las bancas, etcétera. Así, si la "verdad" tiene una connotación lógica, lo que Hart dice sobre la "verdad" de expresiones jurídicas es aplicada a todas las expresiones que son implicación de ciertas proposiciones, por ejemplo: se podría formular una premisa mayor y una menor que impliquen "ésta es una mesa".

Los términos "verdad", "existencia", "sistema jurídico", "norma", "obligado" y "obligación" se encuentran entre los más "anómalos" tér-

⁴³ Hart, "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century", p. 964.

⁴⁴ "La cosa percibida en la vida diaria es más que una simple representación sensible. Ella es un pensamiento del objeto, una idea de una naturaleza altamente complicada que implica no sólo particulares formas de sucesiones temporales... y de relaciones espaciales..., sino también una contribución de la imaginación de representaciones sensibles hipotéticas a fin de completarla" (Alfred Schultz, "Common Sense and the Scientific Interpretation of Human Action", *Philosophy and Phenomenological Research*, xiv, septiembre de 1953, p. 1).

minos en el lenguaje. De esta forma Hart empieza con un término anómalo "derecho" (*legal right*), y la elucidación termina con seis términos anómalos. Se verá también, que su demostración pende de un "si" —si hay un sistema jurídico, si está bajo una norma, etcétera, entonces, es "verdad" decir "X tiene un derecho". La lógica puede ser impecable, pero no suministra evidencias ni razones que fundamenten las condiciones; la "verdad" de la conclusión "X tiene un derecho" es necesaria e igualmente hipotética.⁴⁵

Todo jurista analítico, desde John Austin hasta Kelsen, ha discutido las normas jurídicas y los derechos en relación a un sistema jurídico. Kelsen ha considerado la decisión del derechohabiente de iniciar una acción judicial, en su noción de "delito", que requiere la imposición de la sanción, y así explica el derecho de la parte actora. Hohfeld, siguiendo a Terry y a otros notables predecesores, deduce distinciones importantes entre los diversos usos de "derecho". Si Hart ha añadido algo a nuestra comprensión del uso de "X tiene un derecho", el aporte no ha sido reconocido por los más talentosos tratadistas.⁴⁶ Aparentemente la ciencia del derecho no avanza al mirar la teoría como a una "pesadilla".⁴⁷ Por el contrario, alguna evidencia definitiva fue dada más arriba, al menos así lo espero, revelando el significado de "un deseo fuerte y persistente de ver cómo los diversos aspectos de la experiencia penden juntos (lo que) es quizá la única característica común y peculiar para los filósofos".⁴⁸

Traducción del original en inglés por
Guillermo Motta.

Revisó: Rolando Tamayo.

⁴⁵ "El argumento de Hart se reduce a la perogrullada de que cuando una palabra jurídicamente definida es usada en un enunciado que es expresado en un contexto en el que la definición jurídica es relevante, el significado de la palabra está determinado por las reglas que determinan el significado" (A. W. B. Simpson, "The Analysis of Legal Concepts", *Law Quarterly Review*, LXXX, 1964, p. 557).

⁴⁶ Carl A. Auerbach, "On Professor H. L. A. Hart's Definition and Theory in Jurisprudence", *Journal of Legal Education*, IX, 1956, p. 39; Edgar Bodenheimer, "Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of its Usefulness", *University of Pennsylvania Law Review*, CIV, 1956, p. 1080; y Simpson, *op. cit.*

⁴⁷ Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", p. 39; p. 98 de la trad. esp.

⁴⁸ C. D. Broad, "Two Lectures on the Nature of Philosophy", *Inquiry*, vol. I, núm. 2, 1958, reimpresso en H. D. Lewis (ed.), *Clarity is not Enough*. London: George Allen and Unwin, 1963, pp. 60-61; Cfr. Jerome Hall, "From Legal Theory to Integrative Jurisprudence", *University of Cincinnati Law Review*, XXXIII, primavera de 1964; p. 153.