

PROBLEMA

Anuario de Filosofía
y Teoría del Derecho **5**

HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, liii, 277.

Publicado en 1967, *Punishment and Responsibility* contiene nueve ensayos que fueron escritos en un período de diez años. La obra contiene comentarios y críticas en torno a la doctrina *mens rea* (capítulos I, II y III), las condiciones de responsabilidad criminal (IV, V y VI), la relación entre excusas penales y condición mental (VII y VIII) y un estudio final acerca de la diversidad de significados en ‘responsabilidad’ y ‘retribución’ y sus problemas. En el fondo, el libro busca determinar *cuándo* y *cómo* es posible justificar una práctica como el castigo por parte del Estado.

Cada uno de los ensayos fue recibido con comentarios y críticas por parte de la comunidad filosófica, lo cual puede ser corroborado a lo largo del libro y en las *Notes* finales; el libro en sí mismo, *in toto*, es brillantemente evaluado por John Gardner en la introducción a la segunda edición, a la cual el lector *debe* dirigirse en caso de buscar un elegante análisis filosófico de una de las más grandes obras de Hart. Mi propósito aquí fue únicamente sintetizar y resaltar las ideas más importantes del libro para aquellos que no encuentren familiarizados con éste. Nada más. Para aquellos que ya lo estén, mi sugerencia sería que se dirigiesen a la introducción de Gardner para, así, evitar la confusión y descontento que mis puntos de vista pudieran generar.

1

Como su título lo sugiere, *Prolegomenon to the principles of punishment* es una introducción que pone en claro los

componentes necesarios de toda versión filosófica del castigo. Su propósito es el sentar las bases para la potencial comprensión de la variedad de principios, distintos y conflictivos entre sí, que es necesario considerar para proporcionar una justificación de esa institución social.

Las versiones filosóficas del castigo actuales (al menos en el mundo anglosajón) pueden ser de corte retributivo, utilitarista, mixto e, incluso, abolicionista. Sin embargo, la atención de Hart se encuentra enfocada especialmente en las primeras dos, dado el interés general por parte de académicos y políticos en estas versiones opuestas del castigo que, al paso del tiempo, generaron confusión dado el escepticismo en cuanto a sus fundaciones: por una parte, la perspectiva utilitarista fue concebida como una exageración de la relación entre comportamiento criminal y disuasión (*deterrence*); por otra, la visión retributiva fallaba aparentemente en reconocer el asunto entre intención y criminalidad. Más allá de esto, el problema de *justificar* y responder a *todas* las preguntas acerca del castigo no era del todo claro, dada la errónea creencia compartida que asegura que es posible alcanzar tal objetivo tomando en cuenta *un* solo principio o valor en sí mismo. (1)¹

La propuesta de Hart es tomar en cuenta la diversidad de preguntas que necesitan ser consideradas para *justificar* el castigo y responder a cada una desde el principio (o valor o teoría) que mejor encuadre. De esta forma, existirían diversas justificaciones para explicar cada constituyente: ¿qué justifica el castigo?, ¿quién puede ser castigado?, ¿qué tan severo debe de ser el castigo? Estas preguntas, diferentes pero inter-relacionadas, serían respondidas desde diferentes puntos de vista, dado que responder a todas desde *un* solo principio causaría confusión. (3)

Definición, naturaleza de una ofensa, meta de justificación general y distribución son los tópicos que Hart propone para

¹ Se hace notar que, en adelante, todo número o números en paréntesis indican que se está frente a una referencia directa (después de una cita) o indirecta (al interpretar un punto de la obra en estudio).

la identificación de cada constituyente del castigo; cada uno debe de ser explicado para justificar dicha práctica en su totalidad. Primero, cinco elementos son identificados por Hart para *definir* 'castigo' (basándose en la literatura sobre el tema): "(i) Debe de incluir dolor u otra consecuencia normalmente considerada no placentera. (ii) Debe de ser por una ofensa en contra de las reglas legales. (iii) Debe de ser para un real o supuesto ofensor por su ofensa. (iv) Debe de ser intencionalmente administrado por seres humanos diferentes al ofensor. (v) Debe de ser impuesto y administrado por una autoridad constituida por un sistema legal en contra del cual la ofensa es cometida" (4-5). Además, añadió los siguientes casos sub-standard: "(a) Castigos por incumplimiento de reglas legales impuestos o administrados por no-oficiales (sanciones descentralizadas). (b) Castigos por incumplimiento de reglas no legales u órdenes (castigos en la familia o en la escuela). (c) Castigos colectivos de algún miembro de un grupo social por acciones hechas por otro sin la autorización, estímulo, control o permiso del primero. (d) Castigo de personas (más allá de (c)) que no son de hecho ni supuestamente ofensores" (5). Los casos secundarios sirven para prevenir el uso de un *definitional stop*, lo que genera confusión en cuanto al alcance de la imposición del castigo.

Segundo, la forma correcta de comprender la naturaleza de una ofensa es mediante la distinción entre reglas primarias, que establecen estándares de comportamiento, y reglas secundarias (de adjudicación) que guían a los oficiales del derecho cuando las primeras son quebrantadas. Con esto se está identificando únicamente cuál es la meta inmediata del derecho penal, esto es: fomentar o prevenir ciertos tipos de comportamiento; mas no se está *justificando* el castigo, por ejemplo, como una 'denuncia enfática de un crimen hecha por la comunidad' (dado que esto sólo sería confundir *justificación* con *metas*). (6-8)

Tercero, ¿cuál es la *meta de justificación general* de un sistema de castigo? La respuesta (utilitarista) es la siguen-

te: sus consecuencias benéficas. Esto último debe de quedar separado de la pregunta acerca de *quién* puede ser castigado, que se encuentra relacionada con retribución en la *distribución* del castigo. Aunque esto pueda parecer un choque entre teorías, es perfectamente coherente afirmar que nuestra meta de justificación está basada en criterios utilitaristas y, asimismo, que nuestro principio de distribución lo está en criterios retributivos (aunque si nuestra meta de justificación es retributiva, entonces nuestro principio de distribución correría la misma suerte) (8-10).

Cuarto, ¿quién puede ser castigado? Esta es una pregunta de distribución y debe de ser contestada desde un punto de vista retributivo: *sólo* puede ser castigado un criminal por su crimen. Que dicha pregunta sea respondida de esta forma no quiere decir que los sub-elementos de distribución, *severidad* y *cantidad*, tengan que ser explicados desde un punto de vista retributivo. Al contrario, un punto de vista utilitarista es suficiente para garantizar que el castigo no vaya más allá de, digamos, disuasión. Retribución en la distribución es independiente de la meta de justificación general (11-12).

Si un criminal puede ser castigado sólo por su ofensa, entonces, ¿qué sucede con aquellas excepciones al castigo en nuestros códigos? Hart aquí distingue entre *justificación*, *excusa* y *mitigación*. La primera es dependiente de la *meta de justificación general*, mientras que las demás se encuentran relacionadas con la distribución del castigo. Si yo mato en defensa propia, entonces estoy *justificado* en matar a mi agresor; si yo mato por accidente, sin negligencia de cualquier tipo, entonces se me excusa por haber matado a un desafortunado transeúnte; el resultado en ambos casos es el mismo (no seré castigado) pero las razones difieren. En el primer caso, estoy justificado en matar a mi agresor sólo si la meta general de justificación contiene o busca, digamos, proteger la vida u otro valor de alto grado; en el segundo caso, se me excusa el haber matado dado que los principios de equidad y justicia requieren que yo no pueda ser casti-

gado si mi acto no fue intencional (independientemente de la meta de justificación) (13-14).

¿Qué sucede, entonces, con las penas reducidas? Esta pregunta nos conduce a *mitigación*. Mientras que *justificación* y *excusa* excluyen el castigo, mitigación reduce su severidad; esto es, si soy culpable y se me condena a pasar quince años en prisión, mi pena puede ser reducida a cinco años si al momento del delito me encontraba bajo un trastorno mental transitorio. La severidad del castigo dependerá, obviamente, de la meta de justificación general del sistema, pero las *limitaciones* especiales del castigo, como la necesidad de castigar menos a aquellos que delinquen bajo ciertos estados mentales, son independientes de la meta general. Este tipo de limitaciones pueden ser formales cuando son determinadas por el juez e informales cuando lo son por el legislador (14-17).

Finalmente, dos observaciones son agregadas por Hart. La primera tiene que ver con los medios equitativos para lograr la meta de justificación general (que no es lo mismo a decir que sean éstos los que constituyen dicha meta): a) únicamente las ofensas voluntarias pueden ser castigadas; b) la sociedad ofrece la protección del derecho a sus individuos, pero deja a éstos la tarea de *decidir* entre cumplir o pagar la pena; c) el propósito del castigo es fomentar tipos de comportamiento por medio de la indicación de las acciones indeseadas y sus penas, lo que produce que dichos comportamientos sean menos deseables para el individuo y le permite decidir entre cumplir o no (esta es la razón por la cual la responsabilidad absoluta o estricta sólo incrementaría las penas y reduciría la capacidad del individuo para planear su vida adecuadamente) (22-24).

La segunda observación tiene que ver con la ineficacia de la reformatión (teoría correctiva, individualización de la pena, etcétera), dado el choque con la idea de proporción y, todavía más, porque aunque ésta sea vista como un ideal para el desarrollo de una meta general alternativa, en realidad es sólo un remedio a echar a andar cuando el derecho

penal “ha fallado en su tarea primaria de proteger a la sociedad del mal que el incumplimiento del derecho trae consigo” (27). La reformatión como objetivo dominante implicaría dejar de lado la posibilidad de influir, en aquellos que (aún) no han delinquido, el comportamiento deseado. Mientras que la duración prolongada de las penas convierten al criminal en un enemigo de la sociedad, las medidas reformativas minimizan la eficacia del castigo y su ejemplo sobre las personas, lo cual es independiente de su severidad y dependiente, más que nada, del hecho de estar privado de la libertad (25-27).

2

En *Legal responsibility and excuses* Hart destaca la relación entre condiciones excluyentes de responsabilidad del derecho penal y condiciones de invalidez del derecho civil, esto con la finalidad de resaltar la necesidad e importancia de tomar en cuenta las condiciones mentales de los individuos al momento de decidir sobre la procedencia del castigo.

En el derecho penal anglosajón, la doctrina *mens rea* provee las bases para investigar sobre la salud mental del acusado para determinar si el castigo es procedente o no si el individuo se encontraba bajo alguna condición excluyente de responsabilidad (accidente, coerción, coacción, locura, error o provocación) al momento de la ofensa. Sin embargo, existen sistemas en los que ciertos comportamientos no aceptan condiciones excluyentes debido a un esquema de responsabilidad absoluta (generalmente delitos muy simples, no “literalmente” criminales), o cuando existen desacuerdos en cuanto a la capacidad humana de ejercer control sobre el comportamiento, o en casos en donde existen dificultades de prueba que obligan al oficial a preguntarse qué es lo que el “hombre razonable” hubiera hecho en circunstancias similares. En este tipo de sistemas sólo los ele-

mentos subjetivos más sencillos de probar son considerados para excluir el castigo o reducirlo (31).

La mayoría de los sistemas modernos reconocen algunas (si no es que todas) de las condiciones excluyentes mencionadas en diferentes áreas del derecho, como en el civil. Los actos jurídicos (contrato, donación, matrimonio, testamento) pueden ser invalidados y, por esa razón, existe un número de condiciones mentales que son reconocidas por el derecho y que sirven para hacer nulos dichos actos. Éstas son análogas a las condiciones excluyentes listadas antes; la pregunta que Hart se hace es la siguiente: “¿Por qué, entonces, valoramos un sistema de control social que toma en cuenta las condiciones mentales?” (35).

Para responder a esta pregunta, es necesario, primero, dejar de lado la idea que habla de una ‘culpabilidad moral’ como condición de responsabilidad penal. Esto no es el caso, entre otras cosas, dada la existencia de ofensas de naturaleza económica. La base de la responsabilidad criminal no puede ser así, dado que entonces sólo sería posible contar con sistemas de responsabilidad absoluta o basados en culpabilidad moral, sin una tercera alternativa, excluyendo así la investigación acerca de las condiciones mentales de los individuos (35-36).

Un sistema legal, nos dice Hart, debe de tomar en cuenta que la responsabilidad criminal se determina atendiendo a la intencionalidad de la acción humana. Cualquier sistema que no tome en cuenta esto falla al no reconocer que la pregunta “¿Producirá más bien que mal la aplicación de estas reglas?” (39) es diferente a “¿Es justo castigar a esta persona en particular?” (39). Hart dice que la condición necesaria para la justa aplicación del castigo es que éste sea aplicado sólo después de que se haya comprobado que los *inner facts* en la mentalidad del individuo fueron suficientes para que éste hubiera previsto las consecuencias de sus actos y, así, evitar haber delinquido. Y esto, dice Hart, no proviene del principio moral de que sólo un acto inmoral puede ser castigado, sino del principio moral de que nadie puede ser

castigado si no fue posible haber previsto las consecuencias del acto propio (dada alguna excusa por incapacidad mental, edad, etcétera); este último principio es compartido por el derecho y la moralidad, independientemente de si el acto o delito es inmoral o no (39).

Segundo, la teoría de la economía de las amenazas de Bentham (que, en palabras de Hart, “busca en el estado mental del acusado simplemente para encontrar si pertenece o no a una clase definida de personas a las cuales la no aplicación del castigo, si es que es permitida, no debilitará el efecto en los demás de la amenaza general del castigo hecha por el derecho” (42)) es problemática y paradójica. Esto es así porque el derecho entonces sería considerado como un simple sistema de estímulos que “estimula” a sus agentes sociales por medio de amenazas. Contrario a esto, Hart afirma que una analogía mercantil es más útil, dado que así los individuos conocen los costos de sus acciones y el precio que tienen que pagar si ciertos actos son realizados, dejándolos escoger libremente entre acciones y costos.

Las transacciones civiles son relevantes en este punto por las siguientes razones: a) el individuo puede determinar y elegir sobre su propio futuro por medio de la posibilidad de recurrir a la fuerza coercitiva del derecho para dar efecto a sus acuerdos legales; y b) el individuo puede predecir cómo podría ser el futuro y así planear su vida con la confianza de que sus acuerdos serán cumplidos. Este es el tipo de seguridad que un sistema legal, establecido propiamente, asegura a sus agentes sociales. Similarmente, el derecho penal y sus condiciones excluyentes pueden ser vistas como lo que maximiza las elecciones del individuo al momento de determinar y predecir su futuro; esta idea sería imposible en un sistema de responsabilidad absoluta, pero en uno que incluye condiciones excluyentes la pena del castigo representa el precio que alguien paga por las satisfacciones obtenidas al actuar en contra del derecho (45).

Si el modelo de Hart es comparado con el de Bentham, se reconocerá que la existencia de condiciones excluyentes re-

duciría la eficacia del sistema al dejar fuera a criminales mentirosos y dentro a jueces engatusados, pero la ventaja es que en términos morales es más importante proveer un *sistema de elección* que respeta al individuo como un *ser que elige* (49).

Finalmente, cuatro observaciones: a) el modelo de responsabilidad y excusas de Hart garantiza que la minoría que no pudo seguir las directivas del derecho será finalmente coaccionada a la obediencia por medio del miedo a la sanción; b) en contra de una posible crítica marxista (consistente en el argumento que dice que no habrá gran diferencia para ciertos sectores de la sociedad, en la mayoría de los casos las clases más bajas del sistema, si la responsabilidad absoluta o las condiciones excluyentes son los pilares del derecho penal) Hart dice que es un argumento posiblemente válido pero que, aún cuando algunos individuos podrían robar para no morir de hambre, la diferencia entre un sistema de responsabilidad absoluta y uno de condiciones excluyentes sí jugaría un rol en la felicidad total; c) contrario a la suposición platónica que ve al crimen como enfermedad y a la cura como objetivo, Hart dice que esta actitud podría producir que no sólo las ofensas cometidas sean perseguidas, sino que también los criminales “potenciales” (que no han cometido un crimen aún, pero que podrían hacerlo) tendrían que ser “curados” para prevenir su futuro crimen: el problema aquí es que esto sería similar a *Erewhon* de Samuel Butler (o *The minority report* de Philip K. Dick), esto es, sería lo mismo que dejar al individuo sin la oportunidad de maximizar sus poderes de planeación y predecir la eficacia de sus elecciones a futuro; d) finalmente, los comentarios de Hart se encuentra relacionados únicamente con responsabilidad legal, no moral (50-53).

Murder and the principles of punishment es un ejemplo de cómo la estadística y los datos empíricos pueden (y deben)

ser utilizados como base en algunas discusiones filosóficas; el castigo no es una excepción. Hart ahí da información estadística acerca del impacto de la pena capital y de la prisión de por vida en los índices de reincidencia y muestra cómo el proceso de la abolición de la pena capital en Inglaterra fue desde una resolución del *House of Commons* de 1956 (que fue aprobada en contra de la voluntad popular. Hart apoya esto y sugiera que los agentes parlamentarios no son delegados, sino representantes del pueblo: ellos están obligados a votar conforme su propio juicio, libres de influencias externas e indeseables). Los resultados de la resolución de 1956 fueron la suspensión de toda pena capital y la futura eliminación de la pena capital en el *Homicide Act* de 1957, con la excepción de cinco casos particulares (55).

Hay razones para pensar que el encarcelamiento de por vida y la pena de muerte no son benéficos para el individuo y la sociedad como parece. En la práctica penal inglesa (al menos en tiempos de Hart), las sentencias de prisión mayores a diez años no eran aprobadas por penalistas y practicantes y, cuando lo eran, estaban relacionadas con casos extremos (contrario a lo que muchos jueces y legisladores de America puedan pensar incluso actualmente). En muchas naciones abolicionistas de Europa se ha demostrado que la pena de muerte y las sentencias de prisión extendidas no tienen impacto alguno en la seguridad pública y esto es comprobado dados los niveles mínimos de reincidencia (entre 1900 y 1950 sólo un ex-convicto inglés cometió homicidio nuevamente) (63-64). La razón más importante en favor de la abolición, en mi opinión, es la posibilidad del error en una sentencia de pena de muerte; la prisión de por vida puede ser revertida, mientras que (hasta este día) no es posible revivir un cuerpo que quedó sin vida hace algunas horas.

Sería interesante enfocarse en las estadísticas ofrecidas por Hart, pero en lugar de ello pondré mi atención en lo que considero es el propósito del escrito, esto es, en mostrar qué se encuentra por debajo de la pregunta “¿Cuál es el ca-

rácter y peso de la evidencia que dice que la pena de muerte es requerida para la protección de la sociedad?” (71). Lo que está por debajo de tal pregunta es una “teoría” del castigo; se usan comillas en ‘teoría’ a propósito, dado el desacuerdo de Hart con el uso de una palabra que no aplica en este caso, ya que una teoría es algo diferente, *e.g.*, la teoría de la relatividad general de Einstein, que se encuentra basada en datos y evidencia suficientes. En contraste, las “teorías” del castigo son “*afirmaciones* morales en cuanto a qué justifica la práctica del castigo” (72). Independientemente de la posición utilitarista, existen visiones alternativas: aquellos que ven a la pena de muerte como mal puro o aquellos que la ven como reprobación por los peores crímenes: en otras palabras, uno argumenta que la pena de muerte se encuentra excluida moralmente, mientras que el otro afirma que la pena de muerte es moralmente necesaria. Esto no quiere decir que la posición utilitarista no sea una afirmación moral, lo que significa es que lo que diferencia la posición utilitaria de otras es que ésta investiga acerca de los efectos reales (empíricos) de la pena de muerte en los seres humanos (72-73).

En contra de la visión utilitarista algunos podrían afirmar, por ejemplo, que el hombre ha castigado desde el inicio de los tiempos por un sinfín de razones: para hacer que las personas obedezcan el derecho, para satisfacer sentimientos de venganza, para cumplir una demanda pública, para cumplir lo que un ser celestial demanda o simplemente por tradición o aburrimiento. Que cierta práctica ancestral esté todavía en uso (esto es, en mi opinión, el punto más importante) no significa que tal práctica se encuentre *justificada*: afirmar esto sería lo mismo que decir que “todo lo que se haga generalmente se encuentra justificado o es moralmente apropiado” (74), lo que es un pleno sinsentido. Otro podría objetar que lo que justifica el castigo es la necesidad de satisfacer la demanda pública de evitar el caos. Dejando de lado que este argumento produciría preguntas acerca de los beneficios de complacer cualquier demanda

social (que puede ser en sí mismo una causa de caos), ésta es una posición utilitarista en el fondo e implica que no sólo es necesario proteger a los agentes sociales del daño externo, sino también de sí mismos. Un tercer objetante absolutista podría afirmar que el sufrimiento por nuestra propia mala conducta es en sí mismo algo bueno y argumentar, junto a Kant, que un convicto debe de ser ejecutado aún si la sociedad dejará de existir mañana por la mañana, pero habría que probar por qué y hasta qué grado este tipo de sufrimiento es algo moralmente necesario, más allá de la protección de la sociedad. Finalmente, un cuarto objetante podría afirmar que si el castigo es utilizado para proteger a la sociedad del peligro, entonces el uso de la tortura o de castigos extremos (hasta por delitos simples) seguramente disuadiría a las personas a no delinquir. Aquí, la respuesta utilitarista consiste en decir que el castigo no puede producir más infelicidad que la ofensa en sí misma; más aún, para aquellos que consideran que castigar al inocente o a la familia del criminal también serviría para disuadir a las personas a no delinquir, la respuesta utilitarista es que justicia y equidad requieren que ninguna persona inocente sea usada como un medio para incrementar el bienestar o la protección social (75-76).

El siguiente paso de Hart es aclarar la plausibilidad de la posición utilitarista, indicando que ésta se encuentra en los “límites externos del castigo; estableciendo un límite máximo más allá del cual el castigo no es justificable” (80); el castigo no puede ser utilizado de manera inadecuada. Adicionalmente, debemos identificar y discriminar entre las siguientes preguntas: “¿Qué justifica la práctica general del castigo?” es diferente a “¿Qué nos justifica en aplicar el castigo a un individuo en particular?” (80) y a esto Hart responde que el castigo se justifica si se usa para proteger a la sociedad del daño, que la aplicación correcta del castigo a un criminal requiere que el derecho haya sido transgredido y que no sea más severo de lo que realmente se necesita.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Cuando estos requerimientos se han cumplido, entonces la idea del castigo es plausible.

La pregunta en torno a la cantidad de evidencia y datos empíricos, requeridos para determinar si la pena capital es esencial para la protección de la sociedad, tiene diferentes respuestas: una de ellas basada en estadística, la otra en sentido común; sin embargo, ninguna de ellas es suficiente para justificar la necesidad de la pena de muerte en sociedad: las estadísticas del *Royal Commission on Capital Punishment Report* han mostrado que la existencia de la pena capital no constituye un grado de disuasión más elevado en comparación con la prisión; el argumento desde el sentido común nos dice que la pena de muerte puede disuadir más efectivamente en comparación con la prisión regular, dado el miedo a morir, sin embargo, Hart argumenta que esto “podría reducir, no mantener, el respeto a la vida” (88). Finalmente, si la pena de muerte debe o no sobrevivir, entonces quién debe de probar qué. ¿Acaso los objetores a la pena de muerte deben de probar su inutilidad, su peligro? ¿Acaso los que la apoyan necesitan probar que es socialmente benéfica? La conclusión de Hart es la siguiente: si la pena de muerte debe de sobrevivir, entonces todo su mal deberá “ser soportado sólo por el bien de un beneficio” (89); no podemos olvidar la posibilidad de convicciones falsas, la irrevocabilidad de la pena de muerte y “el riesgo de ejecutar a una persona inocente” (89).

4

El siguiente tópico a discutir es la vieja doctrina de la voluntariedad de la conducta, que fue propuesta por los filósofos de la conducta del siglo XVIII y luego desarrollada por John Austin, quien inspiró a los teóricos del siglo XIX. La doctrina establece que para la atribución de responsabilidad, a parte del asunto sobre *mens rea* existe además una tarea para el juez, que es investigar si la conducta fue voluntaria o no. El propósito de *Acts of will and responsibility*

es estudiar dos tipos de preguntas: a) ¿qué significa que una conducta sea voluntaria o involuntaria?; y b) ¿hasta qué grado confían los jueces en esta doctrina?

En relación con la primera pregunta, la doctrina austriana afirma que la acción humana se encuentra directamente relacionada con la contracción muscular y que un “acto” es meramente un producto no de uno, sino de una combinación de varios movimientos musculares; pero, dado que un acto necesita de una causa psicológica, una “volición” o un “acto de voluntad” para que dicha contracción suceda debe de ser el caso. Si existe una voluntad o volición, entonces el acto es voluntario; de otro modo sería involuntario. En palabras de Hart: este es “el link mínimamente indispensable entre mente y cuerpo que se requiere para dar lugar a la responsabilidad aún cuando ésta sea estricta” (99). Esta doctrina austriana, debe decirse, fue tomada de Thomas Brown (*Enquiry into the relation of cause and effect*, 1818). ¿Pero es correcta? Aparentemente no. Existen al menos dos razones por las que no se muestra una conexión mínima entre mente y cuerpo. Primero, algunos tipos de omisiones no necesitan de movimientos musculares, entonces, ¿qué sucede con las omisiones involuntarias? El precedente en *Hill v. Baxter* reconoce que una “omisión no-deliberada e *inadvertida*” puede ser causa de responsabilidad penal, pero aquí debemos de distinguir entre dicha omisión por parte de una persona sana y, por otro lado, por parte de alguien que se encuentra en plena psicosis (100).

Segundo, los deseos de contracción muscular no son determinantes para la acción humana. ¿Por qué? La respuesta se encuentra en el terreno en donde la psicología y la filosofía se encuentran. En nuestra vida cotidiana realizamos diversas acciones y movimientos: despertamos, comemos, conducimos, hablamos, trabajamos (o pretendemos), etc. Esto es, realizamos diversas actividades que pueden ser categorizadas bajo el término ‘acción’. Ciertamente es que existen sólo ciertas y muy específicas acciones en las que *sabemos*

con seguridad qué músculos necesitamos mover o forzar para realizar dichas acciones, pero éstos son casos muy raros (como ciertos ejercicios de gimnasia, por ejemplo) (101). Sin embargo, en la mayoría de las acciones que realizamos no tenemos una idea *clara, completa y precisa* de cuáles son los músculos que necesitamos mover o contraer (tal y como sucede al abrir una puerta o al caminar). Esto quiere decir que cuando pensamos en acciones lo hacemos en la “terminología ordinaria de la acción” (103) y no, como John Austin pensaba, como movimientos y contracciones musculares. Entonces, ni la acción voluntaria ni la involuntaria son caracterizadas por las proposiciones de Austin.

El siguiente paso de Hart es la reconstrucción de la doctrina en los siguientes términos: primero, es necesario enfocarse en la forma en la que hablamos acerca de las acciones, como en el párrafo anterior, y no en la acción como una contracción muscular; segundo, el tratamiento de las omisiones está separado de los actos positivos, aunque la voluntariedad o involuntariedad del mismo depende de los mismos principios que las intervenciones positivas. “Para resumir el punto en términos crudos, podríamos decir que la agencia de control no es un deseo del movimiento muscular sino la mente de un hombre decidida sobre alguna acción consciente: el control puede faltar por diferentes razones: (1) porque la agencia de control está ‘fuera de acción’ (como en movimientos u omisiones en donde el agente está inconsciente), (2) porque ya sea que los músculos a ser controlados, aunque sanos, se mueven en formas no requeridas para cualquier acción consciente (movimientos involuntarios) o que dada alguna enfermedad o defecto se es incapaz de mover como y cuando se es requerido para la acción consciente (omisiones involuntarias cuando el agente está consciente)” (106).

Finalmente, algunas ideas acerca de cómo las cortes determinan la responsabilidad en el derecho inglés: a) la responsabilidad se excluye cuando no existe conocimiento o previsión; b) en lugar de utilizar la doctrina criticada por

Hart, los jueces discuten acerca del significado y alcances de las palabras contenidas en los códigos para determinar cuándo y cómo un individuo es responsable por, digamos, conducir peligrosamente; y c) se deja abierta la respuesta a la pregunta acerca de la relación entre inconsciencia o falla de control muscular y responsabilidad estricta, dado que las cortes, en algunos casos, excluyen responsabilidad cuando eso sucede (lo que, en la opinión de Hart, es correcto) (112).

5

Intention and punishment podría ser una de las piezas más profundas del libro. De nuevo, el punto de partida es la “ruta empírica”, dejando de lado las llamadas teorías del castigo. El inicio de la discusión es el cuestionamiento acerca de la relación entre “estado mental” y castigo, de la siguiente forma: ¿Por qué ciertos delitos requieren de “estados mentales” para ser castigados y por qué ciertos delitos son castigados con mayor o menor intensidad dependiendo de tal “estado mental”? Esta forma de razonamiento nos permitirá refinar las ideas centrales sobre nuestras teorías del castigo y determinar si son plausibles. El objetivo es identificar cómo la *intención* opera como condición o determinante del castigo y su severidad. La intención es uno, y posiblemente el más importante, de los estados mentales que constituyen *mens rea* como un todo. Es relevante antes y después de ser declarado culpable para determinar si a) un individuo *puede* ser castigado y, de ser el caso, b) *cuán* severo será su castigo.

El uso de ‘intención’ no es exclusivo de teóricos del derecho y abogados; los filósofos la han estudiado, han escrito en abundancia sobre el tema y es una palabra que día a día las personas utilizan (116). Que tal palabra tenga un significado particular en la jerga legal causa que ésta sea confundida con otros términos, ocasionalmente, como en el caso de ‘deseosamente’, ‘imprudentemente’ o ‘maliciosamente’.

mente'. Dejando esto de lado, hay tres formas diferentes en las que (lo que corresponde a) intención es vista en el derecho: como a) "hacer algo intencionalmente"; b) "hacer algo con la futura intención de"; y c) "simple intención" (117). Los primeros dos casos están directamente relacionados con el derecho penal y el castigo, mientras que el tercero no es central al derecho penal como sí lo es al derecho civil. Ejemplos de a) y b) serían: a) suponga que un individuo dispara un arma y hiere o mata a un pobre peatón. ¿Lo hizo intencionalmente? Tanto un abogado como cualquier persona podrían responder y decir 'Sí, lo hizo intencionalmente' o, si es descubierto después que fue un infeliz accidente, entonces la respuesta sería 'No, el individuo no lo hizo intencionalmente.' b) Alguien entra a una casa durante la noche, pero al escuchar un furioso ladrido canino decide huir: en este caso, preguntaríamos '¿Entró a la casa con la futura intención de robar algo?' De ser el caso, entonces existe el delito de, digamos, allanamiento de morada (118).

En relación con el primer caso, consideremos los tres elementos más comunes en casi toda definición de delito: a) algunos movimientos de partes del cuerpo son efectuados; b) ciertas consecuencias dañinas son causadas por tales movimientos; y c) existe una set de circunstancias particulares o especiales. Enfoquémonos, primero, en a) y b): imagine a un individuo al que le gusta y es experto en jugar con cuchillos. Ahora imagine que en cierta demostración él accidentalmente hiere o mata a alguien. Legalmente eso sería suficiente para ser castigado, dado que lo que importa en esos casos es el hecho de que el individuo tuvo la capacidad de *prever* las posibles consecuencias de su conducta, deseadas o no. Legalmente, la intención se equipara a la capacidad de prever las consecuencias (dañinas) posibles de nuestros actos. Entonces, aún sin intención, el individuo sería responsable. Ahora bien, fuera del derecho, en el lenguaje ordinario, el uso de 'intencionalmente' es diferente. Ahí, una prevista pero indeseada consecuencia de una acción no sería considerada como intencional, aunque existen

casos específicos en donde hay una fuerte y directa conexión entre acción y resultado, haciendo entonces una conexión conceptual entre acción y resultado. Esto puede sonar extraño, así que trataré de desenredar este embrollo (119).

Podría parecer que Hart está diciendo que el que alguien puede ser responsable de una acción *no deseada*, pero prevista, es igual a decir que su acción fue *intencional*; en el siguiente párrafo nos dice: “*El derecho entonces no requiere en estos casos que el resultado debiera de haber sido algo deseado en el sentido de que el acusado lo pensó para lograrlo, ya sea como un medio o un fin, y aquí el derecho difiere de lo que es ordinariamente implicado por expresiones como ‘él intencionalmente mató a esos hombres’. Dado que fuera del derecho un mero resultado, previsto pero no deseado, no es usualmente considerado como deseado o intencional...*” (120, las itálicas son mías). En este punto, *podría* parecer que Hart dice que es posible que tal o cual acción, *no deseada* pero *prevista*, sería considerada *intencional* en algunos casos. Pero esto no es así, ya que Bentham distinguía entre dos tipos de intención: oblicua y directa. La primera está relacionada con la mera previsión de consecuencias, mientras que la segunda incluye casos en los que la consecuencia de una acción es un fin en sí mismo. En casos de intención oblicua no sería posible decir que un agente actuó sin intención; decir que un acto no fue intencional es decir que los resultados no fueron previstos por el agente. Lo que tiene que ser comprendido de las ideas de Hart es que hay casos en los que sería “forzado” su inclusión en la “dicotomía de lo intencional y lo no intencional y debemos retomar otra expresión (como ‘a sabiendas’) para caracterizar estos casos” (121). Volviendo al tema del cuchillero, sería por demás extraño decir que él hirió o mató sin intención a una víctima desafortunada.

Al momento de sentenciar, las diferencias entre intención oblicua y directa son irrelevantes, mientras que en la determinación de la severidad del castigo sí lo son. Antes de de-

sarrollar estos puntos, Hart toma algunos ejemplos de teología moral católica para explicar la doctrina del “efecto doble”, esto es, casos en los que la distinción entre intención directa y oblicua es relevante para la determinación de la responsabilidad. Imagine un caso en el cual “un hombre se encuentra atrapado en la cabina de un camión de la que es imposible salir y un transeúnte, en respuesta a sus peticiones, le dispara y lo mata para salvarlo de la agonía de morir quemado lentamente” (123). En la doctrina católica, esta acción estaría prohibida por ser un pecado; pero si cambiamos los hechos un poco, digamos, si en lugar de un disparo el transeúnte le hubiera dado un litro de morfina para aliviar el dolor, que eventualmente lo llevaría a la muerte, en la doctrina católica esto hubiera sido la acción correcta. En este caso se está previniendo el sufrimiento del hombre, mientras que en el primero se está matando intencionalmente. Paradójicamente, el resultado en ambos casos es el mismo. En palabras de Hart, la distinción entre intención oblicua y directa “sólo puede ser explicada como el resultado de una concepción legalística de moralidad” (125).

En relación con “hacer algo con la futura intención de”, en casos en donde el acusado previó ciertos resultados no deseados debe de mostrarse que el individuo contempló tal resultado, ya sea como un medio para un fin o un fin en sí mismo, para establecer responsabilidad. Esto se encuentra directamente relacionado con culpabilidad y severidad del castigo. En la mayoría de los sistemas, la simple intención no es sancionable (por razones de intimidad y libertad), mientras que los intentos (incluso inofensivos) de hacer algo con la futura intención de delinquir son en ocasiones sancionables si existe una clara relación entre el acto y el crimen, aún cuando éste no se concluya (127-128). El castigo por un crimen intentado es menos severo que el castigo por un crimen concluido. ¿Por qué? En opinión de Hart, esto se debe a una versión de retribución que ha sido introducida en el derecho para castigar gradualmente en térmi-

nos de la cantidad de daño, pero esto es confundir castigo con compensación. “¿Por qué -se pregunta Hart- el hecho accidental de que un resultado dañino intencional no haya ocurrido debe de ser una base para castigar menos a un criminal que podría ser igualmente peligroso y malvado?” (131). Esta pregunta puede ser respondida desde retribución por la conexión entre culpa del criminal y resentimiento de la víctima, pero, independientemente de lo natural que esto pueda ser, dicha conexión no es suficiente para explicar por qué castigar menos en estos casos, especialmente si nuestras políticas y objetivos prudenciales son con miras hacia el futuro.

Más allá de intención oblicua y directa, existen casos en los que estas instancias de intención son irrelevantes: crímenes de responsabilidad estricta y negligencia son ejemplos de esto. En el caso del primero, parece que no hay mucho qué decir dada la naturaleza de la responsabilidad estricta, esto es, no existe defensa posible en estos casos. En relación con la negligencia, algunas lecciones pueden ser aprendidas. Imagine a un potencial criminal ponderando las razones en pro y en contra de cometer un crimen en el futuro. Razonar de esta forma es, entre otras cosas, un ejemplo de cómo el objetivo de disuasión del derecho y las amenazas de castigo funcionan en la mente del potencial criminal, para hacerlo decidir entre delinquir o no. Esto es parte de las lecciones de Bentham y Austin y el castigo puede ser la mejor consecuencia si el crimen es cometido. ¿Qué podríamos decir acerca de castigar la negligencia inadvertida? En estos casos, no existe deliberación alguna y es ésta una condición de la fuerza de disuasión de las amenazas de castigo. Entonces, lógicamente hablando, el castigo no puede ser aplicado en estos casos (133).

Contrario a esta idea, Hart piensa que el castigo debe de permitirse en casos de negligencia. Haciendo esto, al castigar a un individuo por negligencia inadvertida se sigue que el “recuerdo del castigo y el conocimiento de que otros son castigados” (134) puede causar que las personas piensen y

actúen con mayor cuidado de antemano. Es interesante que, después de este argumento, Hart dice: “La amenaza del castigo es algo que causa en el agente el ejercicio de sus facultades y no algo que es una razón para conformarse con el derecho cuando el agente está deliberando entre contravenirlo o no. *Es posiblemente un estímulo, más que una guía.* Pero me parece que no hay nada que desacredite el permitir que el derecho funcione de esta forma...” (134). Estas palabras pueden generar confusión, dado lo que Hart dice en *Legal responsibility and excuses* tras criticar la teoría de la economía de las amenazas de Bentham. Parece que hubo un cambio de opinión en cuanto a este argumento. Finalmente afirma la necesidad de reconsiderar la disuasión por medio de la amenaza (135).

6

Siguiendo las ideas anteriores, el siguiente ensayo es dedicado al estudio de la conexión entre castigo y las diferentes instancias de negligencia que pueden ser encontradas en el *common law*. El propósito de *Negligence, mens rea, and criminal responsibility* es la consideración de la doctrina de Turner sobre el tema. Las siguientes afirmaciones de Turner en *The mental element in crimes at common law* son consideradas erróneas por Hart, aunque iluminadoras: a) la negligencia no es una fuente de responsabilidad criminal; b) no hay grados de negligencia; y c) considerar a la negligencia como una fuente de responsabilidad es igual a volver a un sistema de responsabilidad estricta, en donde no existe el “elemento subjetivo”. Contrario a esto, la negligencia es considerada por Hart como una falla al ejercitar las capacidades y poderes de pensar y controlar la conducta propia; esto es algo que tiene que ser incluido en el espectro de *mens rea* (138-139). Se considera la siguiente pregunta como parte toral del argumento: ¿qué tan cierto es que negligencia como fuente de responsabilidad es lo mismo que eliminar el elemento subjetivo requerido por el derecho para

establecer responsabilidad y, así, admitir un sistema de responsabilidad estricta?

Las reglas de Turner para determinar la responsabilidad son que a) tiene que existir una conexión entre *actus reus* y la conducta del individuo, que b) tal conducta tiene que ser *voluntaria* y que c) el individuo *tuvo que haber previsto* las consecuencias de su conducta (140-141). El problema aquí reside en que Turner concibe la conducta voluntaria casi en el mismo sentido en el que Austin lo hizo, lo cual no es aceptable (dadas las razones expresadas antes). Más allá de eso, la concepción de Turner sobre *mens rea* como combinación de conducta voluntaria y previsión de consecuencias es incoherente, dada la futura complicación de marcar la diferencia entre *mens rea* y *actus reus* como ingredientes de un crimen (esto se explica en la refutación que hace Hart de la afirmación de Turner acerca de incluir ‘conocimiento’ como parte del *actus reus*) (144-145).

De acuerdo con Hart, existe una diferencia entre actuar por *inadvertencia* y actuar *negligentemente*. Lo primero refiere a un estado psicológico, un estado mental, y lo segundo no a un estado psicológico sino a la falla “de cumplir con un estándar de conducta con el cual cualquier hombre razonable *podría y habría* cumplido: un estándar que lo obliga a tomar precauciones para prevenir perjuicios” (147-148). Así es como debe de entenderse la negligencia. En cuanto al argumento de Turner sobre la imposibilidad de contar con varios grados de negligencia, Hart dice que esto es el caso únicamente cuando la negligencia es erróneamente concebida como un estado mental; si entendemos a la negligencia como Hart lo hace, entonces la admisión de diversos grados es correcta. Así podría hacerse una distinción entre, digamos, negligencia grave, negligencia ordinaria y negligencia civil; para cada una aplicaría un castigo diferente (o la ausencia de tal).

Ahora a la conexión directa entre castigo y negligencia. Existen capacidades mentales y físicas que son comunes entre individuos y éstas son, en la mayoría de los casos, su-

ficientes para que cualquier agente decida obedecer las reglas y abstenerse de lo prohibido, en un espacio y tiempo adecuado para darle una oportunidad justa de hacer uso de dichas capacidades y decidir de acuerdo a ellas. Por otro lado, habrá casos en los que sería imposible para un individuo el ejercicio de dichas capacidades y oportunidades, como lo es en el caso de “accidente, error, parálisis, efecto reflejo, coerción, locura, etc.” (152). En estos casos, el castigo no sería sólo moralmente incorrecto, sino también legalmente incoherente si tomamos en cuenta que sólo las acciones voluntarias pueden ser castigadas; aunque, en el primer caso, el castigo por falta de cuidado seguramente se aplicaría si el individuo “simplemente no pensó” sobre las consecuencias dañinas de su acción. Es en esta etapa en donde el “elemento subjetivo”, que incluye la presencia o ausencia de las capacidades y oportunidades mencionadas, es relevante para la responsabilidad criminal.

La determinación del “elemento subjetivo” para establecer responsabilidad sigue el curso de la evidencia disponible para probar, *e.g.*, intención, negligencia, capacidades limitadas de control, pérdida de control, etc., y debe de quedar separada del “elemento objetivo” que está dirigido a la pregunta “¿Acaso el acusado falló en tomar precauciones que todo hombre razonable con capacidades normales hubiera tomado en las mismas circunstancias?”, mientras que el “elemento subjetivo” sigue a la pregunta “¿Hubiera podido el acusado, dadas sus capacidades mentales y físicas, haber tomado esas precauciones?” (154). (Uso comillas en las expresiones, dada la sugerencia de Hart de utilizar “estándar invariable de cuidado” y “condiciones individualizadas de responsabilidad” para los elementos objetivo y subjetivo, respectivamente.) De otra forma, “la ‘responsabilidad estricta’ resulta, no de la admisión del principio de que alguien que ha sido extremadamente negligente es criminalmente responsable por el consecuente daño aún si ‘él no tenía la idea en su mente de dañar a alguien’, sino del rechazo en la aplicación de este principio para considerar las capacidades

de un individuo que se encuentra debajo del estándar de cuidado” (154-155). En conclusión, pensar que el tipo de responsabilidad criminal que nace de la negligencia es igual que la responsabilidad estricta, es producto de una interpretación errónea de la relación entre el llamado elemento subjetivo y responsabilidad (157).

7

Punishment and the elimination of responsibility contiene la visión de Hart acerca de responsabilidad y algunas de las ideas ya expresadas antes. El propósito aquí es llamar la atención sobre la importancia de ver al principio de responsabilidad como algo de gran valor e independiente de teorías retributivas del castigo.

La diferencia entre la perspectivas retributiva y utilitaria reside en cómo cada una entiende y utiliza la práctica del castigo: mientras que la primera se enfoca en el acto criminal en sí mismo, la segunda percibe como más relevante el “carácter, mente y disposición” (160) del acusado y ve al acto criminal como un mero síntoma; la justificación moral aquí es un asunto de ver hacia el futuro, algo que emerge del conocimiento empírico, la ciencia, y no de meras intuiciones; el castigo es importante dado sus futuros efectos en la reducción del crimen y el “reajuste” del criminal. Contrario a esta idea, la visión tradicional del castigo mira hacia el pasado y ahí sólo importa si el individuo pudo haber evitado delinquir y, de ser el caso, cuál será la aplicación “proporcional” del castigo, tomando en cuenta la maldad del acto. ¿Cómo es posible decir que un castigo determinado es proporcional a la maldad del acto? No existe una respuesta clara a esta oscura pregunta; en cambio, lo que debería ser investigado es cuál sería el efecto del castigo en la sociedad y en el individuo. Otra propuesta diferente consistiría en la reformatión del criminal, pero esto implicaría ir más allá de la proporcionalidad y aplicar, por un lado, el castigo y, por otro, el tratamiento; pero el resultado de esto sería la apli-

cación de un sistema de “doble vía” en donde el criminal, después de servir su condena, concluiría su castigo y continuaría sirviendo un período de detención preventiva, dejando de lado la idea de proporcionalidad. Una tercera visión del castigo consistiría en percibirlo como la “denuncia enfática del crimen por parte de la comunidad” (170). Esto presenta diversas dificultades: primero, las evaluaciones hechas por la comunidad podrían ser inadecuadas (incluso sinsentidos); luego, no existe algo así como una “única y homogénea moralidad social” (171) que los jueces puedan percibir con total claridad; finalmente, castigar a causa de indignación moral o venganza es hacer de la condena el objetivo primario de la vida social y esto es, sin duda alguna, ir en contra de la equidad.

Ninguno de los intentos de justificación del castigo criticados (que son más o menos similares en sustancia) pueden ser posibles por las razones expuestas. Esto es así porque éstos no toman en cuenta las “condiciones mentales de responsabilidad” (discutidas arriba) y si no es posible justificar el castigo como lo hace Hart, esto es, como una institución social que reforma criminales y protege a la sociedad, entonces por qué no eliminar el concepto de responsabilidad de una vez por todas (174). En cambio, lo que es necesario es reinterpretar nuestras nociones de responsabilidad y de lo que alguien merece por su conducta e incluir la voluntariedad de un acto como condición de su castigo, independientemente de ideas retributivas o reformativas, “dado que en casi toda la moralidad occidental ‘deber’ implica ‘poder’ y una persona que no pudo evitar lo que hizo no es moralmente culpable” (177). Con esta reinterpretación en mente situaremos el énfasis en ideas de equidad, justicia y libertad individual, que son imperativas para que todo agente social pueda “predecir y planear el curso futuro de su vida dentro de la estructura coercitiva del derecho” (181).

El siguiente paso es la exposición y evaluación de ciertas teorías que exponen la relación entre responsabilidad criminal, intención o voluntad y castigo. *Changing conceptions of responsibility* es, en términos generales, un viaje por las distintas formas de ver tal relación. Sin embargo, podría decirse que en el fondo del ensayo existe un análisis de las ideas de Barbara Wootton sobre castigo y derecho penal. La discusión de Hart acerca de esas visiones está relacionada con la doctrina *mens rea*, su prevalencia o eliminación, y responsabilidad estricta *versus* el objetivo de ver hacia el futuro en cualquier sistema de castigo. Me enfocaré únicamente en este debate; enfocarme en lo que Hart dice acerca de *cuándo* el castigo es permitido o no, aunque valioso, sonaría un tanto repetitivo.

“...Wootton argumenta que si el fin del derecho penal es la prevención de ‘acciones socialmente dañinas’ y no retribución por maldad en el pasado, la doctrina convencional pone a *mens rea* ‘en el lugar incorrecto’” (194). En su visión, *mens rea* es relevante únicamente al decidir acerca de las medidas a tomar para prevenir la reincidencia y no al momento de decidir si el *actus reus* del individuo fue voluntario o no, convirtiendo entonces al sistema criminal en uno de responsabilidad estricta. Decidir si el castigo será penal, terapéutico o innecesario es algo que será decidido de acuerdo al *presente* estado mental y circunstancia personal del criminal, tomados en conjunto para alcanzar el mejor resultado para el individuo y la sociedad. El comportamiento criminal intencional o no intencional sería una cuestión irrelevante (195-196). El racional de Wootton es que no es posible marcar la línea que divide la sanidad mental de la insania de los individuos, que estas son clasificaciones ilusorias y que el siguiente paso es la eliminación de la responsabilidad. Similarmente, en su opinión no es posible discriminar entre “un impulso irresistible y un impulso que fue meramente indeseado por el acusado” (202), dada la im-

posibilidad de adentrarse en el cerebro o mente de una persona. *Mens rea*, en su opinión, sólo haría sentido en una teoría retributiva en donde el castigo es algo así como “proporcional” al crimen. Su mejor argumento es que la evidencia disponible en la corte para identificar si un individuo actuó sin la capacidad de seguir el derecho o si estaba impedido para hacerlo es únicamente suficiente para probar si el individuo es propenso a delinquir.

Ahora a las respuestas de Hart. Primero, como fue dicho en *Punishment and the elimination of responsibility*, es una confusión filosófica pensar que la doctrina *mens rea* tiene sentido sólo en una teoría retributiva. El castigo como un preventivo debe de ser aplicado sólo a individuos que tuvieron una justa oportunidad y capacidad de obedecer de antemano, no de otra forma. Esto no es tomado en cuenta en un sistema de responsabilidad estricta, en donde *mens rea* se encuentra fuera de escena. Segundo, en relación con la evidencia disponible para los jueces, es cierto que casos indisputables y claros son raras excepciones y, por esta razón, Hart sugiere el siguiente esquema moderado de castigo: a) con excepción de insania mental, *mens rea* será una condición necesaria antes de dictar sentencia para determinar la responsabilidad; b) la insania será investigada sólo después de la sentencia y sólo en relación con el estado mental *presente* del acusado, eliminando así la excusa por locura y la responsabilidad atenuada; y c) en casos de insania, los jueces deben aplicar tratamiento médico en lugar de sanciones penales. En este caso, la motivación de Hart reside en su creencia acerca de la libertad individual (que, sin *mens rea*, la interferencia oficial incrementa) y en la necesidad de aplicar penas de prisión como una forma de castigo (206-208). Tercero, encarcelar a una persona que pudo haberse comportado conforme al derecho, pero que no lo hizo, no es una visión disfrazada de retribución, “es de hecho independiente ... dado que aún cuando tenemos que buscar autorización moral para castigar a una persona por su conducta voluntaria al romper las reglas, el castigo que

estamos autorizados a aplicar podría todavía estar dirigido únicamente a prevenir sus crímenes futuros o los de otros y no a ‘retribución’” (208). Cuarto, contrario a lo que Wootton sugiere, tratamiento médico obligatorio y castigo como encarcelamiento tienen diferentes efectos en el agente y la sociedad. El castigo es usado con propósitos de disuasión y es usado para disuadir a la sociedad y al individuo castigado de no delinquir en un futuro, mientras que el tratamiento médico, por sí mismo, no; el encarcelamiento “es un acto público que expresa el odio, si no la hostilidad, de la sociedad hacia aquellos que transgreden el derecho” (208) (que la afirmación de Hart sea su opinión personal o una descripción de un ideal social no está del todo claro). Finalmente, omitir la noción de *mens rea* y de estados mentales en la ley penal es insatisfactorio, dada la existencia de crímenes que están directamente relacionados con el estado mental de un individuo, como aquellos que no se concluyen.

9

La pieza final del libro es un *postscriptum* que contiene algunas consideraciones acerca de las ideas de responsabilidad y retribución expuestas a lo largo del libro, las cuales recibieron críticas que Hart toma en cuenta. Se divide en dos partes: una trata los diferentes significados que rodean a la proposición ‘responsabilidad’ y la otra provee una modificación del sistema de retribución.

Primero, Hart clasifica ‘responsabilidad’ en cuatro sentidos: a) responsabilidad en cuanto al rol; b) responsabilidad en cuanto a la causa o causal; c) *liability-responsibility*; y d) responsabilidad en cuanto a la capacidad. (212) La primera refiere al deber de una persona de realizar ciertas actividades o tareas que derivan de un puesto u oficialía particular, alcanzada por medio de acuerdos o nombramientos. Dichas actividades o tareas deben de ser distinguidas de simples actividades, dado que este tipo de responsabilidad refiere a tareas complejas y extensivas en el tiempo. La segunda no

debe de ser confundida con la tercera, dado que ésta se encuentra reservada para los casos en los que la responsabilidad moral o legal es atribuida a un individuo por su acción, mientras que aquélla refiere a casos en los que un individuo, sus acciones u omisiones, o cosas, condiciones y eventos, es la *causa* de cierto resultado y es, por consiguiente, responsable de dicho resultado.

Mientras que algunos deberes en responsabilidad en cuanto al rol pueden ser vistos como legales o morales, no es necesario hacer tal distinción. Sin embargo, esto sí es el caso en *liability-responsibility*. Aquí es necesario hacer la distinción entre *responsibility* y *liability*, que tienen diversos significados. La primera tiene que ver con acciones en sí mismas, mientras que la segunda tiene que ver con la aplicación del castigo. Entonces, *responsibility* sigue tres criterios: i) condiciones mentales o psicológicas; ii) conexión causal entre hecho y daño; y iii) relaciones personales que hacen que el individuo pueda ser castigado por los actos de otros. El primer criterio se encuentra relacionado con lo que Hart continuamente expresa acerca de la posesión de ciertas condiciones psicológicas para ser castigado, lo que en muchos casos excluye o disminuye la responsabilidad si se encuentran ausentes. El segundo criterio se refiere a la conexión entre actos propios y consecuencias dañinas, específicamente en la cercanía o lejanía entre ambos para atribuir responsabilidad. El último criterio es uno de especial importancia: el castigo sólo puede ser aplicado a aquellos individuos que actuaron y se condujeron en contra del derecho, aunque existen casos específicos en los que alguien puede ser castigado por los actos de otros, tal y como sucede en el caso del dueño que es castigado por los actos de sus empleados (215-222). “Dado que *responsibility* y *liability* se distinguen de esta forma, no tuviera sentido decir que porque una persona es legalmente responsable por alguna acción ésta es susceptible de ser castigada por ello” (222).

Esta última distinción recibió dos críticas, una de A. W. B. Simpson y de George Pitcher. La primera tiene que ver con un asunto de terminología. Simpson argumenta que el término ‘responsibility’ refiere a “reprochabilidad” o culpabilidad moral, mientras que lo anterior no es el caso en cuanto *liability*. A esta crítica, Hart explica que la relación entre ‘legal responsibility’ y culpabilidad es meramente contingente, no necesaria. Luego gira al argumento de Simpson y dice que ‘responsibility’ no puede ser igual a culpabilidad moral, dado que aquélla siempre puede ser vista como una *parte* o *fracción* del set total de razones por las cuales alguien puede ser moralmente culpable (222-223).

Pitcher argumenta que la responsabilidad (moral) no puede estar relacionada con las acciones propias o con las consecuencias de las acciones propias. En relación a esto, Hart dice: “muchos ejemplos pueden ser citados desde ambos lados del atlántico en donde una persona pudo haber sido considerada responsable por sus acciones, o por su acto, o por su crimen, o por su conducta” (224). (A pesar de eso, Hart encuentra ideas de valor en la crítica de Pitcher: usualmente, decir “él es legalmente responsable por la muerte de otro” es más común que decir “él es legalmente responsable por haberlo matado”, haciendo más fuertes entonces las nociones de responsabilidad causal, *liability-responsibility* y responsabilidad en cuanto a la capacidad.) Sin embargo, es ciertamente posible extender la noción de *legal liability-responsibility* hacia responsabilidad moral, en el siguiente sentido: uno puede ser moralmente culpable u obligado a hacer enmiendas *únicamente* cuando las condiciones i, ii y iii antes mencionadas se encuentren presentes, no de otro modo. En un contexto más práctico, podríamos decir que es común encontrar la expresión “moralmente responsable por *x*”; no obstante, esta expresión es ambigua y se encuentra relacionada con lo que Hart considera que es el criterio más importante de *moral liability-responsibility*: la responsabilidad en cuanto a la capacidad (227-228). Aquí, “las capacidades en cuestión son aquellas de entender, ra-

zonar y controlar la conducta: esto es, la habilidad de entender qué conducta es la que las reglas legales o morales requieren, la de deliberar y alcanzar decisiones en cuanto a estos requerimientos y conformarse con las decisiones después de haber sido tomadas” (229). La posesión de estas capacidades, nos dice Hart, es una condición de *eficacia* del derecho.

Ahora a la segunda sección del ensayo: retribución. Las visiones teóricas del castigo bajo el título “retributivo” en aquel tiempo eran algunas, entonces las preguntas que primero fueron anunciadas tenían (incluso hoy en día) diversas respuestas. No sólo eso, sino que éstas contenían también elementos de disuasión y reeducación incluso cuando eran “retributivas” (231). El propósito de Hart es proveer una modificación del modelo en tres aspectos, destacando sus elementos utilitaristas, pero primero nos dice que “el punto medio, en el cual me he tratado de conducir, entre un esquema puro de visión al futuro de higiene social y teorías que tratan a la retribución como la meta general de justificación, ha sido catalogado como una teoría retributiva. Esto es así porque el punto medio no sólo insiste en la restricción del castigo, sino también en la conservación general de la doctrina de mens rea y permite un espacio, aunque subordinado, a ideas de equidad y proporción en la gradación de la severidad del castigo” (233).

a) En cuanto a la proporcionalidad en la retribución (que no se refiere a “ojo por ojo”), existe un elemento utilitarista en el sentido de que existe un sistema de penas y éstas están condicionadas por la gravedad moral del crimen (233-234); b) en cuanto a retribución como meta de justificación, existen tres elementos de utilitarismo en el cambio de una teoría retributiva que buscaba imponer el sufrimiento en los criminales a una nueva teoría retributiva que busca “el valor de la expresión de autoridad, en la forma de castigo, en cuanto a la condena moral por la maldad moral envuelta en la ofensa” (235); c) finalmente, hay una adopción de la visión utilitaria en relación con i) prevención del

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

crimen futuro, ya sea a través del miedo o a través del reforzamiento de la inhibición moral; ii) los efectos del castigo en el criminal; y iii) lo apropiado del monto del castigo en relación con el crimen, al momento de poner límites en las penalidades (235-237).

Luis NAVARRETE*

* Licenciado en derecho, Universidad de Sonora; maestro en derecho, Universidad de Minnesota.