
Introducción a “La adscripción de responsabilidad y de derechos” de Herbert. L. A. Hart

Martín Diego Farrell

Si se consulta la biografía de Hart que escribiera Nicola Lacey, puede verse que –más allá de un artículo de divulgación aparecido en un semanario, y de un prefacio en un libro acerca de La República de Platón– el que aquí aparece es el primer trabajo académico publicado por Hart, lo cual lo convierte –por sí solo– en objeto digno de atención.

¿Qué es lo que intenta mostrar Hart aquí? Hay, ante todo, dos temas marginales que no merecen mucha atención. El primero es una referencia a la idea de la forma en que las palabras se emplean para hacer cosas, y muestra la influencia del filósofo John Austin, con el que Hart mantenía un cercano contacto en Oxford. El segundo es una referencia a la vaguedad de las palabras, rasgo que complica la tarea judicial, idea que se repite –y se amplía– luego en *The Concept of Law*. Pero los temas centrales son otros, y voy a ellos.

La tesis de la adscripción

Hart sostiene que hay enunciados que semejan ser descriptivos, pero cuya función principal es la adscripción de derechos o de responsabilidades por la realización de las acciones que el enunciado menciona, y pone como uno de sus ejemplos el enunciado “Él lo hizo”. Esta tesis recibió varias críticas que Hart no se sintió en condiciones de responder, como reconoció en el Prefacio de *Punishment and Responsibility*.

La primera crítica es la que formuló Peter Geach en su artículo “Ascriptivism”, aparecido en *The Philosophical Review* en 1960. Sin mencionar a Hart por su nombre, Geach afirma que la imputación de responsabilidad no es algo que pueda adscribirse, sino que debe adoptarse una descripción causal del tema, aunque reconoce que él no está en condiciones de precisar de un modo adecuado la idea de la causalidad en general. La segunda crítica es la que formuló George Pitcher en su artículo “Hart On Action and Responsibility”, publicado en el mismo volumen de la misma revista. Pitcher piensa que la tesis de la adscripción fue formulada incorrectamente, puesto que se refiere a la noción de responsabilidad cuando debería haberse referido en cambio a la noción de ser merecedor de censura, o de castigo. E incluso cuando se la enuncia correctamente, Pitcher piensa que es falsa como tesis general respecto de todos los enunciados de la forma “Él lo hizo”.

No quiero pronunciarme aquí sobre el valor de estas críticas, sencillamente porque creo que el valor del trabajo de Hart reside en la otra tesis que propone, de la que paso a ocuparme ahora.

La tesis de la derrotabilidad

En este artículo, Hart introduce en el derecho el tema de la derrotabilidad, al sostener—precisamente— que las obligaciones jurídicas son derrotables. Consideremos el caso del contrato. Hart cree que la obligación de cumplir el contrato no sólo es derrotable sino que es “irreduciblemente derrotable”. ¿Qué significa esto? Que la sola celebración de un contrato no implica de por sí la obligación de cumplirlo, puesto que el demandado puede invocar una larga y heterogénea lista de defensas, sean ellas referidas a su grado de conocimiento, o a su voluntad, o a ambas cosas conjuntamente, o a la política general del derecho respecto de cierto tipo de contratos, o al paso del tiempo. Error, violencia, prescripción, intervención estatal en el contrato de locación, todos estas son las defensas en las que está pensando Hart. Lo importante es que ellas no pueden ser todas conocidas de antemano —e introducidas así en la norma— sino que sólo pueden advertirse en su totalidad cuando el caso particular es juzgado. Cualquier fórmula respecto de las posibles defensas que pretendiera ser general oscurecería el tema, y estaría obligada a agregar un “etcétera” a las defensas que incluyera.

10

No se puede establecer a priori, entonces, un conjunto de condiciones necesarias y/o suficientes para determinar la obligatoriedad de un contrato, y convertir así a la obligación de cumplirlo en una obligación absoluta. La obligación de cumplir un contrato es derrotable porque siempre pueden existir defensas que eximan de su cumplimiento, y estas defensas sólo pueden conocerse una vez presentado el caso concreto. La regla —así— no puede decir simplemente “Es obligatorio cumplir con el contrato”, precisamente porque en el caso concreto puede estar presente una de estas defensas, y el contrato puede no ser obligatorio. Y la regla tampoco puede decir “Es obligatorio cumplir con el contrato excepto que estén presentes las defensas a, b, c...”, porque la lista debería quedar abierta, y la regla debería entonces concluir con un “etcétera”.

La tarea de Hart en este artículo, como él mismo lo señala, es la tarea de un abogado, y no la de un filósofo. Pero lo interesante es que él, sin decirlo, aplica casi a la letra una idea muy conocida en la filosofía moral, que es la idea de las obligaciones prima facie, la que fue introducida en la ética por David Ross.

Ross piensa que existen muchas obligaciones morales, y no una sola, y que ellas son obligaciones prima facie, en el sentido de ser obligaciones condicionales. La obligación de cumplir con las promesas —sostiene por ejemplo Ross en *The Right*

and the Good— puede justificadamente ser dejada de lado para aliviar el dolor de otra persona, aunque sigamos reconociendo nuestra obligación moral prima facie de cumplir con esa promesa. Porque —como también dice Ross en *Foundations of Ethics*— un acto puede ser correcto en un sentido, pero incorrecto en sentidos más importantes, por lo que no estaríamos entonces obligados a realizarlo. Mientras la obligación prima facie depende de algún aspecto del acto, ella se convierte en obligación absoluta sólo cuando hemos examinado todos sus aspectos, y esto sólo podemos hacerlo cuando enfrentamos al caso concreto. Sólo estamos obligados a realizar un acto cuando comprobamos en el caso concreto que los aspectos en los cuales dicho acto es prima facie obligatorio tienen preponderancia respecto de los aspectos en los cuales él no es prima facie obligatorio.

Y —otra vez— la clave reside en que no podemos tampoco aquí diseñar ninguna regla general que convierta a la obligación de cumplir las promesas en absolutamente obligatoria. Porque aunque nos esforzáramos en imaginar los casos en las que esa obligación pueda entrar en conflicto con otras obligaciones, necesariamente la lista incluida en la regla debería terminar con un “etcétera”. Ross, entonces, está sosteniendo la idea opuesta a la que expone Prichard en “*Moral Obligation*”, donde señala que no puede haber dos tipos de deber, uno absoluto y el otro no: o estamos obligados a hacer algo o no lo estamos, pero no podemos estar obligados a hacer algo de un modo no absoluto. Ross rechaza la idea de obligaciones morales absolutas, de la misma forma en que Hart rechaza la idea de obligaciones contractuales absolutas.

11

No quiero exagerar, sin embargo, las semejanzas entre Hart y Ross en este tema. Hart piensa, por ejemplo, que una excepción puede eliminar por completo la obligación contractual, convirtiendo al contrato en nulo. En el caso de Ross no ocurre lo mismo, porque la obligación prima facie que es dejada de lado no desaparece: si no cumplimos con nuestra promesa para aliviar el dolor de un tercero, por ejemplo, algo le debemos igualmente al prometido, por ejemplo el llamarlo y darle las explicaciones adecuadas.

Geach no critica de manera alguna la tesis de la derrotabilidad, concentrando sus objeciones —que ya hemos mencionado— en la tesis de la adscripción. Pitcher también concentra sus críticas en la tesis de la adscripción, mientras reconoce en cambio importantes contribuciones en la tesis de la derrotabilidad, la cual —sin embargo— piensa que requiere una drástica reformulación. Esa reformulación tiene por objeto acotar el alcance de la tesis, la que Pitcher piensa que debería limitarse a malas acciones, esto es, a aquellas que son designadas por los que él denomina “verbos condenatorios”, tales como “robar” o “asesinar”. Esto parecería reducir el ámbito de la tesis a las normas del derecho penal.

Yo pienso que la derrotabilidad es un rasgo característico de todas las normas jurídicas, pero esto no es lo que importa aquí, puesto que mucho se ha escrito sobre el tema y no es mi propósito ahora comprometerme en ese debate. Hart resultó demasiado susceptible a la crítica, y abandonó sin resistirse las dos tesis del artículo, lo cual constituyó un error, puesto que la tesis de la derrotabilidad, a diferencia de la tesis de la adscripción, merece ser defendida.

El trabajo de Hart es el que dio comienzo a la polémica sobre la derrotabilidad en el derecho y se ha convertido ya en un clásico. Por eso mismo publicamos ahora su traducción.

12

La adscripción de responsabilidad y de derechos

Herbert. L. A. Hart*

En nuestro lenguaje ordinario existen oraciones cuya función principal no es describir cosas, eventos, personas o algo por el estilo, ni expresar o provocar emociones o sentimientos, sino que sirven para hacer cosas como declarar derechos ("esto es mío"), reconocer derechos cuando estos son reclamados por otros ("muy bien, esto es suyo"), adscribir derechos hayan sido o no reclamados ("esto es de él"), transferir derechos ("ahora esto es suyo") y también admitir, adscribir o realizar imputaciones sobre la responsabilidad de un hecho ("yo lo hice", "él lo hizo", "tu lo hiciste"). En este artículo, mi propósito principal es señalar que el análisis filosófico del concepto de acción humana ha sido inadecuado y confuso, al menos en parte, porque las oraciones expresadas en la forma "él lo hizo" han sido tradicionalmente consideradas como primordialmente descriptivas cuando su principal función es la que me aventuro a llamar *adscriptiva*, es decir, bastante literalmente, adscribir la responsabilidad de acciones, así como la principal función de las oraciones en la forma de "esto es de él" adscribe derechos de propiedad. Ahora bien, aun cuando las oraciones adscriptivas y otras clases de oraciones como las citadas arriba sólo constituyen una pequeña parte de nuestro lenguaje ordinario, ellas se asemejan en algunos aspectos relevantes a las expresiones formales de las declaraciones, imputaciones, confesiones, juicios y sentencias que constituyen en gran medida e importancia el lenguaje de los juristas; y las peculiaridades lógicas que diferencian a este tipo de oraciones de las oraciones descriptivas o, mejor dicho, del modelo teórico de las oraciones descriptivas, que los filósofos usualmente utilizan, pueden ser mejor entendidas si se tienen en consideración ciertas particularidades de los conceptos jurídicos tal como aparecen en la práctica y en los procedimientos del derecho, más que en las discusiones teóricas sobre conceptos jurídicos de los doctrinarios, susceptibles de ser influenciados por las teorías filosóficas. De este modo, en la primera parte de este trabajo pretendo destacar algunas de estas particularidades de los conceptos jurídicos; en la segunda, intento demostrar cómo funcionan las oraciones que adscriben derechos en nuestro lenguaje ordinario y cómo su función característica es soslayada; y en la tercera parte intento fundamentar mi argumento de que las oraciones expresadas en la forma de "él lo hizo" son fundamentalmente adscriptivas y que algunos de los tantos enigmas filosóficos concernientes a la "acción" son el resultado de no haber prestado atención a este hecho.

* H.L.A.Hart. "The Ascription of Responsibility and Rights". Aristotelian Society Publication Details

I.

Como es sabido, la etapa decisiva en los procesos de los tribunales ingleses es habitualmente el *fallo* del tribunal, el cual determina que ciertos hechos (Smith puso arsénico en el café de su esposa y como resultado ella murió) son verdaderos y que ciertas consecuencias jurídicas (Smith es culpable de homicidio) se vinculan con esos hechos. Esa sentencia es una combinación o una fusión de hechos y derecho; y, por supuesto, las pretensiones e imputaciones sobre las que los tribunales deciden también son la fusión de hechos y derecho, aun cuando estas pretensiones, imputaciones o juicios son diferentes entre sí. Ahora bien, existen varias particularidades características del componente jurídico en esas combinaciones o fusiones que permite que los hechos respalden o fallen en respaldar la conclusión jurídica o las refuten o fracasen al intentarlo, que las distinguen de ciertos modelos estándar, sobre los que los filósofos tienden a concentrar su atención, respecto de cómo un tipo de enunciado respalda o refuta a otro. Esto no es del todo aparente: cuando un juez decide que en virtud de los hechos por él determinados existe un contrato de compraventa entre A y B, o que B, un cantinero, es culpable de la contravención¹ de proveer de licor a un alguacil en servicio, o que B es responsable por allanamiento de morada en razón de lo que su caballo hizo en la propiedad de su vecino, parece, desde esta terminología, como si el derecho consistiera en una serie, o bien un sistema, de conceptos legales como "contrato", "la contravención de abastecer licor a un alguacil en servicio", "allanamiento de morada", elaborados y definidos por la legislación o alguna otra "fuente" y como si la función del juez fuera sencillamente decir "sí" o "no" a la pregunta: "¿Enquadran los hechos en el alcance de la fórmula que define las condiciones necesarias y suficientes de 'contrato', 'allanamiento' o 'la contravención de abastecer licor a un alguacil en servicio'?"

14

Pero, por varias razones, esta es una torpe sobre simplificación, que ciertamente induce al equívoco, ya que hay características típicas de los conceptos jurídicos que generalmente tornan desatinada la referencia al lenguaje de las condiciones necesarias y suficientes. Una característica importante que no discutiré en detalle es, sin duda, remotamente familiar para la mayoría de las personas. En Inglaterra, el juez no cuenta con un criterio general explícitamente formulado que defina "contrato" o "allanamiento"; en cambio, tiene que decidir, con referencia a casos pasados o precedentes, si en virtud de los hechos considerados se ha celebrado un contrato o se ha cometido un allanamiento y al hacerlo tiene una amplia libertad para juzgar si el presente caso está lo suficientemente cerca a un precedente anterior y también

¹ Sección 16 de la Licensing Act de 1872.

para determinar concretamente a qué se refiere el precedente o, como dicen los juristas, identificar la *ratio decidendi* de los casos anteriores. Esto le incorpora, a los conceptos jurídicos, una vaguedad muy laxamente controlada por la tradición interpretativa y tiene como consecuencia que la exigencia de una definición de un concepto jurídico -"¿qué es un allanamiento?", "¿qué es un contrato?"- no pueda ser respondida mediante la provisión de una regla expresa que traduzca una expresión jurídica en otros términos o en una que especifique una serie de condiciones necesarias y suficientes. Algo puede hacerse al ofrecer un resumen, que tenga la forma de un enunciado general respecto de los casos anteriores, y esta es la manera en que los estudiantes comienzan a aprender el derecho. Pero más allá de cierto punto, las respuestas a las preguntas "¿qué es un allanamiento?", "¿qué es un contrato?", si no pretenden desorientar, deben ser presentadas como referencias a los *leading cases* sobre el tema, suplementadas con el uso de la palabra "etcétera".

Pero hay otra característica de los conceptos jurídicos de mayor importancia para mi presente propósito que hace que la expresión "a menos que" resulte tan imprescindible como la palabra "etcétera" en cualquiera de sus explicaciones o definiciones y esta necesidad puede ser detectada al examinar las típicas maneras en las que las expresiones jurídicas pueden ser desafiadas. Ello es así debido a que las imputaciones o pretensiones sobre las cuales los tribunales deciden pueden ser usualmente desafiadas o resistidas de dos formas. La primera manera resulta de la negación de los hechos sobre los que están basadas las imputaciones o pretensiones (técnicamente, negativa o controversia fáctica), mientras la segunda se suscita en virtud de algo bastante diferente, a saber, la defensa que sostiene que la pretensión enfrentada no puede tener éxito, debido a que aun cuando están dadas todas las circunstancias para que la misma progrese, existen otras circunstancias que ponen al caso bajo algún tipo de excepción reconocida, cuyo efecto es o bien derrotar en todas sus partes la pretensión o acusación, o "reducirla", de modo que sólo una pretensión más débil resulte procedente. Así pues, si la defensa de "provocación" (*provocation*)² en un caso de homicidio resulta exitosa, "atenúa" lo que de otra manera sería un homicidio doloso (*murder*) a uno culposo (*manslaughter*); del mismo modo, en el caso de un contrato, la defensa que el demandado puede oponer al haber sido engañado mediante un error inducido por el fraude del accionante, le da en algunos casos derecho al deudor de decir que el contrato no es válido, no alegando su nulidad, sino optando por su anulabilidad. En consecuencia, usualmente no es posible definir un concepto jurídico como "allanamiento" o "contrato" especificando las condiciones necesarias y suficientes para su aplicación. Ello así, pues cualquier

15

² N. de T.: En Inglaterra la *provocation*, era una defensa del common law en casos de homicidio, luego abolida mediante la Coroners and Justice Act del 12 de noviembre de 2009 y reemplazada por la defensa de "pérdida de control" (art. 54, Cap. 1, 2ª parte).

serie de condiciones puede ser apropiada en algunos casos pero no en otros y tales conceptos sólo pueden ser explicados con la ayuda de una lista de excepciones o de ejemplos negativos que demuestren en qué casos el concepto no puede ser aplicado o sólo puede serlo en una forma mitigada.

16 Esto puede ser ilustrado en detalle a partir el derecho de los contratos. Cuando un estudiante ha aprendido que en el derecho inglés se requieren ciertas condiciones positivas para la existencia de un contrato válido, por ejemplo, al menos dos *partes*, la *oferta* de una de ellas, la *aceptación* de la otra, un *memorandum* por escrito en algunos casos y la *consideración*³, la comprensión del concepto jurídico de un contrato todavía resulta incompleto y esto continuará así incluso si el estudiante logra dominar el método de interpretación de los abogados respecto de los términos técnicos, pero todavía vagos, de "oferta", "aceptación", "memorandum", "consideración". Pues esas condiciones, aunque necesarias, no son siempre suficientes por lo que todavía debe aprender qué puede *derrotar* la pretensión de que sea un contrato válido, pese a que todas aquellas condiciones estén satisfechas. En otras palabras, el estudiante todavía tiene que aprender qué sigue a la expresión "a menos que", que debe acompañar al enunciado de esas condiciones. Para esta particularidad de los conceptos jurídicos no existe una palabra en el lenguaje inglés. Las palabras "condicional" y "negativa" tienen implicaciones equívocas, pero el derecho tiene una palabra que sin hesitación tomo prestada y extendiendo: es la palabra "*derrotable*" (*defeasible*), que se usa para un derecho subjetivo en el derecho de propiedad que queda supeditado a su terminación o "*derrota*" en un número diferentes de contingencias pero que permanece intacto si ninguna de ellas prospera.⁴ En ese sentido, entonces, el contrato es un concepto derrotable.

La lista de defensas que pueden enfrentar una pretensión contractual que en otras circunstancias resultaría válida merece el análisis del filósofo, porque allí reside principalmente la referencia al factor que lo intriga -el factor mental. Así, las principales defensas incluyen las siguientes⁵:

3 N. de T.: En el common law la consideration es la prestación de valor pecuniario que induce a las partes a celebrar un contrato para intercambiar bienes o servicios. No es un simple acto volitivo, sino un efectivo principio de cumplimiento.

4 N. de T.: El autor se refiere a un defeasible estate, en virtud del cual una transferencia de propiedad queda sujeta a condición, de modo que si se cumple esta última se pierde el derecho transferido.

5 Esta lista, por supuesto, es sólo un resumen referido a las defensas más importantes que son suficientes para ilustrar el punto de que el carácter derrotable del concepto de contrato no puede ser definido por una serie de condiciones necesarias y siempre suficientes. Hay muchas omisiones importantes en esta lista, por ejemplo, el disputado tópico conocido por juristas como "error". Una discusión e ilustración adecuada de estas y otras defensas puede ser encontrada en libros de textos jurídicos sobre contratos, por ejemplo, Cheshire y Fifoot, "Law of Contract", capítulo IV.

- A. Defensas que se refieren al conocimiento que posee el requerido.
 - i. Error inducido en forma dolosa
 - ii. Error inducido en forma culposa
 - iii. Simulación de hechos materiales (en algunos casos, por ejemplo, en contratos de seguros).
- B. Defensas que se refieren a lo que puede ser denominado la "voluntad" del requerido
 - i. Coacción
 - ii. Influencia indebida
- C. Defensas que pueden cubrir el conocimiento y la voluntad.
 - i. Demencia
 - ii. Influencia de sustancias tóxicas
- D. Defensas que se refieren a políticas generales del derecho que desalientan ciertos tipos de contratos.
 - i. Contratos hechos con propósitos inmorales
 - ii. Contratos que restringen de forma irrazonable la libertad de comercio
 - iii. Contratos tendientes a desvirtuar el curso de la justicia
- E. La defensa de que el contrato devino de "imposible cumplimiento" o "frustrado" por un cambio fundamental e inesperado de las circunstancias, por ejemplo, el estallido de guerra.
- F. La defensa de que la pretensión está prescripta por el paso del tiempo.

Muchas de estas defensas tienen una aplicación general a todos los contratos. Algunas de ellas, por ejemplo aquellas hechas bajo (D), destruyen totalmente la pretensión de que exista un contrato, de modo que resulta nulo *ab initio*; otras, por ejemplo, aquellas hechas bajo (B) o (C), tienen un efecto más débil, resultando en una mera "anulabilidad" a elección de la parte interesada y hasta que esa opción sea ejercida el contrato permanece válido, de modo que derechos pueden ser adquiridos por terceros interesados; mientras que el lapso de tiempo mencionado en (F) meramente extingue el derecho a iniciar acciones legales, pero de ninguna forma afecta la existencia del contrato. Es claro, por ende, que ninguna caracterización adecuada del concepto jurídico de contrato podría hacerse sin referencia a esas defensas que son extremadamente heterogéneas y a la manera en que cada una sirve, respectivamente, a derrotar o debilitar las pretensiones sobre el contrato. El concepto es irreductiblemente derrotable por naturaleza y no dar cuenta de esto implicaría una caracterización errónea. Pero, desde luego, es posible oscurecer la naturaleza de tales conceptos ofreciendo una fórmula general que parezca satisfacer la demanda de una definición en términos de conjunto de condiciones necesarias y suficientes, tantas veces pretendida por los teóricos y dado que los filósofos han, creo yo, oscurecido, precisamente de este modo, el carácter derrotable del concepto

de acción, es ilustrativo considerar como podría proveerse una fórmula general oscura en el caso de un contrato y cuáles son sus consecuencias.

18 Así, el teórico decidido a ofrecer una definición general de contrato podría a cualquier costo empezar por seleccionar el grupo de defensas (A), (B) y (C), que se refieren a la voluntad y el conocimiento del deudor, para entonces argumentar que el hecho de que esas defensas sean admitidas o permitidas demuestra que la definición de contrato requiere como condición necesaria que el estado mental de las partes se encuentre "suficientemente informado" y sus voluntades "libres". En efecto, los teóricos del derecho y en alguna ocasión los jueces, intentan enunciar los "principios" del derecho de los contratos en este preciso sentido. Así, la obra de Sir Frederick Pollock⁶ sobre el consentimiento que las partes requieren para la constitución de un contrato válido dice: "pero también se requieren otras condiciones para hacer al consentimiento vinculante para aquel que lo da [...] El consentimiento debe ser verdadero, completo y libre". Ahora bien, por supuesto, este método de exposición del derecho puede ser inocuo y ciertamente fructífero como un sumario de varios tipos de defensas que útilmente acentúan su aplicación universal a todos los contratos o enfatizan las similitudes entre ellos y, de tal modo, sugiere analogías para un mayor desarrollo del derecho o lo que puede ser llamado "razones" para ese desarrollo. Pero, a menos que se encuentre cuidadosamente considerada, una fórmula tan general puede ser profundamente errónea; porque la doctrina que luce positiva: "el consentimiento debe ser verdadero, completo y libre" sólo es precisa como un enunciado jurídico si es considerada como una compendiosa referencia a las defensas que pueden desafiar y mitigar las pretensiones en los contratos, al tiempo que sugiere que existen ciertos elementos psicológicos que son requeridos por el derecho como condiciones necesarias para los contratos y que esas defensas son meramente admitidas como evidencia negativa de aquellos. Pero la defensa, por ejemplo, que B celebró un contrato con A como resultado de una indebida influencia ejercida por parte de A, no es evidencia de la ausencia del factor llamado "verdadero consentimiento", sino uno de los múltiples criterios para el uso de la frase "ausencia de verdadero consentimiento". Decir que el derecho requiere verdadero consentimiento es entonces, de hecho, decir que defensas tales como indebida influencia o coerción, así como cualquier otra que pueda ser agrupada con ellas, deben ser admitidas. La práctica jurídica (en la que frases generales tales como "verdadero consentimiento" son de poca importancia), tan distinta de los enunciados teóricos formulados por los juristas (en los que los términos generales

6 "Principles of the Law of Contract", 10^o ed., p. 442. Las palabras omitidas son "aunque su ausencia en general no debe ser asumida y no se espera que la parte que busque ejecutar el contrato deba brindar prueba positiva de que hayan sido satisfechos".

se acumulan enormemente), hace esto claro; pues a ninguna parte que pretenda ejecutar un contrato se le exige evidencia de que existió un "consentimiento verdadero, completo y libre", pese a que en algunos casos en los que quien ocupa una posición de confianza intenta hacer cumplir un acuerdo con la persona respecto de la cual ocupa tal posición, tiene la carga de probar que no existió, de hecho, ninguna influencia. Pero, desde luego, incluso aquí la prueba consiste simplemente en la exclusión de aquellos hechos que normalmente constituyen la defensa de indebida influencia, aunque la carga de la prueba en tales casos de excepción recaiga sobre el reclamante. Resulta claro que el jurista podría hacer irrefutable su teoría sobre la existencia de elementos psicológicos ("consentimiento completo y libre") requeridos como condiciones necesarias para el contrato, atribuyendo al concreto procedimiento de los tribunales la dificultad práctica de probar "hechos mentales"; y se dice a veces que es meramente una cuestión de conveniencia práctica que se hayan adoptado "pruebas objetivas" de esos elementos y que la carga de acreditar su inexistencia recaiga usualmente sobre el demandado. Esa teoría es beneficiada por la ambigüedad en la palabra "prueba" como un intermedio entre evidencia y criterio. Pero insistir en esto como la "real" explicación del efectivo funcionamiento de los tribunales al aplicar el concepto derrotable de un contrato sería meramente la expresión de una obstinada lealtad al persuasivo pero engañoso ideal lógico de que todos los conceptos deben ser definidos a través de una serie de condiciones necesarias y suficientes. Además, por supuesto, aun si este programa fuera llevado adelante para las defensas concernientes al elemento "mental" es difícil advertir cómo podría ser utilizado para otras defensas con las que una pretensión referida a un contrato puede ser contrastada, por lo que, en consecuencia, el carácter derrotable del contrato se mantendría.

19 El derecho penal es el principal campo en el que los juristas, creo yo, han generado sus propios obstáculos (en parte bajo la influencia del análisis filosófico tradicional de la acción) ignorando el carácter esencialmente derrotable de los conceptos. Existe una muy conocida máxima, "*actus non est reus nisi mens sit rea*", que ha tentado a juristas (y menos habitualmente a jueces) a ofrecer una teoría general del "elemento mental" en el crimen (*mens rea*) de un tipo que es lógicamente inapropiado, justamente porque los conceptos involucrados son derrotables y se encuentran distorsionados por este tipo de definición. En el caso de un delito, así como en el de un contrato, es posible compilar una lista de defensas o excepciones con las que los diferentes cargos criminales pueden ser enfrentados con distintos efectos y también es posible mostrar que los intentos de definir en términos generales

7 N. de T.: El acto no es culpable a menos que la mente también sea culpable.

las "condiciones mentales" de responsabilidad como la teoría general contractual sugerida en el párrafo anterior puede no resultar falaz solamente si es positiva y los términos generales son tratados meramente como una reafirmación o resumen del hecho de que varias defensas heterogéneas o excepciones son admisibles. Es verdad que en materia penal la posición es más complicada que aquella que se refiere a un contrato, dado que menos defensas son aplicables a todos los delitos (hay muchas diferencias entre los delitos creados por las leyes escritas y los del *common law*) y para algunos, se requiere la prueba de una intención específica. Más aún, en el caso de los delitos es necesario hablar de defensas o excepciones, porque en muchos casos, como el homicidio, la carga de aportar evidencia de que no se encuentran presentes circunstancias que derrotarían la acusación recae en la fiscalía. En todo caso, lo que se entiende por elemento mental en la responsabilidad criminal (*mens rea*) solo puede comprenderse considerando ciertas defensas o excepciones, tales como el error de hecho, el accidente, la coerción, la coacción, la provocación, la demencia, la minoridad⁸, muchas de las cuales han sido admitidas en la mayoría de los delitos, en algunos casos excluyendo toda responsabilidad y en otros meramente "reduciéndola". El hecho de que éstas sean admitidas como defensas o excepciones constituye el valor real de la máxima "*actus non est reus nisi mens sit rea*". Pero en búsqueda del "espíritu espectral" de una fórmula general, los teóricos jurídicos han intentado imponer una unidad espuria (como los jueces ocasionalmente protestan) respecto de esas defensas y excepciones heterogéneas, sugiriendo que éstas son admitidas como mera evidencia de la ausencia de un elemento único ("intención") o, en una teoría más reciente, dos elementos ("previsión" y "voluntariedad") universalmente requeridos como condiciones necesarias para la responsabilidad criminal. Y esto induce al error porque lo que el teórico malinterpreta como evidencia negativa de la presencia de los elementos mentales necesarios son, de hecho, múltiples criterios o presupuestos que derrotan la alegación de la responsabilidad. Pero es fácil sucumbir ante la ilusión de que una precisa y satisfactoria "definición" puede ser formulada con la ayuda de nociones como "voluntariedad" porque la naturaleza lógica de palabras como esa es extraña y confusa. Las mismas son tratadas en esas definiciones como palabras que tienen fuerza positiva, a pesar de que, como puede observarse en la discusión de Aristóteles en el libro tercero de la *Ética Nicomaquea*, la palabra "voluntario" de hecho sirve para excluir un heterogéneo rango de casos tales como compulsión física, coerción por amenazas, accidentes, errores, etc. y no para designar un elemento o estado mental; así como tampoco "involuntario" implica la ausencia de ese elemento o

⁸ Para una discusión más detallada de estas y otras defensas o excepciones ver, Courtney Stanhope Kenny, *Outlines of Criminal Law*, (Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1922) capítulo IV.

estado mental.⁹ Así, en un homicidio constituye una defensa que el acusado jaló el gatillo por un error razonable y creyendo que el arma estaba descargada, o que hubo un accidente porque la bala inesperadamente rebotó en un árbol; o que el acusado era demente (dentro de la definición legal de demencia) o era menor; y es una defensa parcial que "atenúa" el cargo de homicidio doloso a culposo la alegación de que el acusado disparó en la exaltación del momento de descubrir a su esposa en adulterio con la víctima. Es posible, por supuesto, considerar que la admisión de estas diferentes defensas o excepciones demuestran que existe un único elemento mental ("voluntariedad") o dos elementos ("voluntariedad" y "previsión") requeridos como condiciones mentales necesarias (*mens rea*) para la responsabilidad criminal completa. Pero en orden de determinar qué es "previsión" y "voluntariedad" y cómo se establece su existencia y ausencia, es necesario referirse a las diferentes defensas y entonces esos conceptos generales asumen el mero *status* de útiles pero muchas veces equívocos resúmenes que expresan la total ausencia de las diferentes condiciones referidas a los factores de conocimiento o voluntad que eliminan o atenúan la responsabilidad.

La consideración del carácter derrotable de los conceptos jurídicos ayuda a explicar cómo los enunciados de hechos apoyan o refutan las conclusiones jurídicas y, de tal forma, ayuda también a interpretar las frases usadas por los juristas respecto de la conexión entre los hechos y el derecho cuando hablan de "efecto legal" o "consecuencias de los hechos" o "consecuencias implicadas a los hechos". En particular, demuestra qué tan desacertado sería sucumbir a la tentación que ofrecen las teorías semánticas modernas de identificar el significado de un concepto legal, por ejemplo del "contrato", con el enunciado de las condiciones en que los contratos

⁹ Así, J. W. C. Turner, en su bien conocido ensayo (in the *Modern Approach to Criminal Law*, English Studies in Criminal Science, Vol. 1, 199) sobre el Elemento Mental en delitos en el *common law* esboza dos reglas que definen el elemento mental.

(primera regla) "debe encontrarse probado que la conducta del acusado fue voluntaria".

(segunda regla) "debe encontrarse probado que [...] él debió haber previsto que ciertas consecuencias iban probablemente a seguir sus actos u omisiones" (p. 199).

La visión de Turner es efectivamente una mejora respecto de intentos anteriores de "definir" el elemento mental en el crimen en tanto que insiste en que no se trata de una única condición denominada *mens rea* y también en su enunciado de la página 199 en que la extensión de la "previsión de la consecuencia" difiere en el cada caso específico de crimen. Pero, de todas formas, este es un procedimiento que realmente oscurece el concepto que pretende aclarar porque las palabras "voluntario" e "involuntario" son usadas como si se refirieran a la presencia o ausencia, respectivamente, de una única condición en el agente. Así, en la página 204, Turner usa el mismo título de "conducta involuntaria" para casos de actos hechos bajo sugestión hipnótica, sonambulismo, accidentes "puros", algunas clases de demencia, ebriedad y minoridad, así como el caso en el que B tiene un arma y A, contra la voluntad de B, atrapa su mano con el arma y apuñala a C.

son válidos, desde que debido a la naturaleza derrotable del concepto, tal enunciado, aunque expresaría las condiciones necesarias y a veces suficientes para la existencia del "contrato", no podría expresar condiciones que fueran siempre suficientes. Pero, desde luego, cualquier teoría sobre el significado de los conceptos jurídicos fallaría por razones más fundamentales: pues no podría transmitir la naturaleza compuesta de esos conceptos ni dar cuenta de sus características distintivas, debido al hecho de que los elementos en el compuesto son de distinto tipo lógico.

22 Dos de esas características distintivas tienen especial relevancia para el análisis de la acción y surgen de la verdad innegable de que lo que el juez hace es juzgar; y esto tiene dos consecuencias importantes. Primero, la función del juez es, por ejemplo en un caso de contratos¹⁰, decir si éste es válido o no, en base a las pretensiones y defensas ante él invocadas, así como los hechos traídos a su conocimiento, y no en base a las pretensiones que pudieron haber sido hechas o deducidas. No es su función brindar una interpretación jurídica idealmente correcta de los hechos, y si una parte (por derecho propio) a partir de un mal asesoramiento u otra causa no puede esgrimir una pretensión o introducir una defensa que pudo haber sido introducida con éxito, el juez que decida ese caso provee la solución correcta al sostener la existencia del contrato en base a las pretensiones y defensas concretamente formuladas. La sentencia no es únicamente la mejor a la que el juez puede arribar bajo esas circunstancias y sería una mala interpretación del proceso judicial decir que en ese caso las partes fueron tratadas *como si* hubiera existido un contrato. Hay un contrato en el sentido intemporal que da la palabra "hay", que es apropiado para las decisiones judiciales. Segundo, toda vez que el juez literalmente decide si un contrato existe o no existe en base a los hechos que le son traídos a su conocimiento, y esto no significa describir los hechos ni realizar inferencias inductivas o deductivas de las formas en que han sido expresados, lo que hace puede ser o bien una decisión *correcta* o *incorrecta*, o un juicio *bueno* o *malo*, que puede ser *confirmado* o *revocado* y que puede (cuando no tiene jurisdicción para decidir la cuestión) ser *anulado* o dejado *sin efecto*. Lo que no puede decirse es que se trata de una decisión *verdadera* o *falsa*, lógicamente necesaria o absurda.

Tal vez no hay demasiadas razones para tentar a alguien a tratar a una decisión judicial como un enunciado descriptivo, o a los hechos vinculados a las conclusiones jurídicas como enunciados de hechos que pueden estar referidos a algún enunciado descriptivo que justifican. Sin embargo creo que la tendencia, que acabo de mencionar, a considerar las excepciones o defensas que pueden derrotar pretensiones o acusaciones

10 Otras consideraciones pueden aplicarse en casos penales.

meramente como evidencia de la ausencia de alguna condición necesaria requerida por el derecho en la definición completa de un concepto jurídico es, de hecho, un intento de asimilar la decisión judicial al modelo teórico de un enunciado descriptivo; pues es la expresión del sentimiento de que los casos en los que los contratos se tienen por inexistentes "deben" ser casos en los que alguna de las condiciones necesarias, requeridas en la definición de contrato, está ausente. Pero a veces el derecho es citado como un ejemplo de un sistema deductivo en funcionamiento. "Dada una norma existente" se dirá "el enunciado de los hechos encontrados por el juez implica la conclusión jurídica". Por supuesto, esto podría ser dicho únicamente en los casos más simples posibles donde ninguna cuestión fuera introducida en el proceso a excepción de las que el sentido común diría que son de hecho, por ejemplo, cuando las partes están de acuerdo en que si los hechos se deciden de una forma entonces el caso cuadra dentro de alguna norma jurídica y si van en el sentido contrario no, y no existe debate sobre el significado de la interpretación de la norma jurídica. Pero aún allí sería bastante erróneo decir que el juez estaba haciendo una inferencia deductiva; porque la conclusión intemporal del derecho (Smith es culpable de homicidio) no se deriva de los enunciados de los hechos en los que se funda, que sí son temporales (Smith puso arsénico en el café de su esposa el 1º de mayo de 1944); y las reglas jurídicas aún cuando se encuentran materializadas en leyes escritas no son reglas lógicas o lingüísticas, sino, en gran medida, reglas para decidir.

23

II.

Si nos situamos fuera de los tribunales vamos a encontrar que existen muchas expresiones en el lenguaje ordinario que son similares, en aspectos importantes y sin perjuicio de sus diferencias, a la fusión jurisdiccional entre hechos y derecho, pero primero, deben distinguirse algunos casos que no son instancias de este fenómeno, aunque resultan importantes porque ayudan a explicar por qué han sido pasados por alto.

A. Primero, desde luego, muy a menudo hacemos uso de conceptos jurídicos en oraciones descriptivas y de otro tipo, de modo que, cuando así lo hacemos, pueden tratarse de enunciados y, por ello (contrariamente a la decisión de un juez, en la que se usan primordialmente conceptos jurídicos), pueden ser verdaderos o falsos. Ejemplos de esto son los casos obvios en los que nos referimos a personas o cosas por sus consecuencias, estatus o posición jurídica. "¿Quién es esa mujer?" "Es la esposa de Robinson, hija adoptiva de Smith, que heredó todas sus propiedades". "¿Qué hay en el tacho de basura?" "Mi contrato con John Smith".

B. Segundo, podemos referirnos a cosas, eventos y acciones no por sus consecuencias legales conocidas, sino por aquellas que son pretendidas o presuntas.

“¿Qué hizo ayer tu padre?” “Hizo su testamento”. Debe advertirse que este uso puede dar lugar a notables dificultades si luego ocurre que la consecuencia jurídica presunta o pretendida no se ha concretado. ¿Qué deberíamos decir de una oración escrita en mi cuaderno que dice: “Mi padre hizo su testamento ayer”, si luego resulta que por no haber testigos y dado que no se encontraba domiciliado en Escocia los tribunales se rehúsan a reconocerlo como un testamento? ¿Es falsa la oración escrita en mi cuaderno? Deberíamos, creo yo, dudar en decir que lo es; por otro lado, no repetiríamos esa oración luego de que el tribunal dictaminó su decisión. También debemos advertir que podemos hacer uso de nuestro propio sistema jurídico y de sus conceptos con el propósito de describir cosas o personas que no se encuentran sujetas a él, tal como cuando hablamos de derecho de propiedad de personas aisladas que viven en islas desiertas.

C. Tercero, incluso afuera de los tribunales utilizamos el lenguaje jurídico para introducir pretensiones o rechazarlas. “Mi padre hizo su testamento ayer” puede ser una pretensión y no un enunciado puramente descriptivo, aunque por supuesto que contendrá información, dado que la pretensión es una referencia mezclada con los hechos que la justifican. Como pretensión, puede ser luego confirmada o rechazada por un tribunal, pero no es ni verdadera ni falsa.

24

Pero en todos estos casos, pese a que muchas oraciones son enunciadas en forma cotidiana, se utiliza el vocabulario técnico del derecho así que debemos estar alertas a la posibilidad de que no estén funcionando como oraciones descriptivas aunque habitualmente lo hagan. Pero considérense ahora las oraciones en las cuales las palabras utilizadas derivan su significado de instituciones jurídicas y sociales, como por ejemplo el del instituto de la propiedad, aunque se trata de palabras simples y no técnicas. Tales son las oraciones indicativas simples en las que los adjetivos y pronombres posesivos “mío”, “tuyo”, “suyo” aparecen dentro del predicado. “Esto es mío”, “Esto es tuyo”, “Esto es de él” son primordialmente oraciones para las cuales los juristas han acuñado la expresión “palabras operativas” y J. L. Austin la palabra “performativo”.¹¹ Sólo con enunciar este tipo de oraciones, sobre todo en el tiempo verbal presente, usualmente no describimos sino que efectivamente realizamos o damos efecto a una transacción: con ellos *declaramos* derechos de propiedad, *conferimos* o *transferimos* esos derechos cuando ya han sido declarados, *reconocemos* tales derechos o los *adscribimos*, sea que hayan sido declarados o no, de modo que cuando las palabras se usan en ese modo se vinculan a los hechos que las justifican de manera muy similar a la decisión judicial. Pero independientemente

¹¹ Ver su discusión sobre algunos casos en “Other Minds”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Suppl. Vol. XX, p. 169 a 174.

de eso, estas oraciones, especialmente en tiempo pretérito o futuro, tienen una variedad de usos que no son tan fáciles de desvincular de aquel que he llamado su uso primario, y eso puede ser demostrado en una escala variable de creciente aproximación a un uso puramente descriptivo, tal como:

(a) Primero, el uso operativo o performativo. “Esto es tuyo” dicho por un padre mientras le entrega un reloj de oro a su hijo normalmente tiene por efecto la transferencia de los derechos del padre sobre el reloj hacia el hijo; o sea, le hace un regalo. Pero dicha por el hijo mayor al final de una disputa con su hermano sobre las posesiones de la familia, la expresión constituye el reconocimiento de los derechos del menor y el abandono de toda pretensión por parte del mayor. Por supuesto que pueden surgir dificultades en varios sentidos en tales casos, que son análogas a los problemas que debe enfrentar el juez: podemos preguntarnos si el uso de palabras es un modo válido de realizar donaciones. Si el criterio es el derecho inglés, entonces la respuesta es “sí”, en el ejemplo dado; pero sería “no” si lo que el padre estaba señalando no era su reloj sino su casa, aunque en ese caso se podría considerar que el hijo tiene un derecho moral a la casa y que el padre tiene un deber moral de entregársela. Esto demuestra que las reglas que operan como antecedente de tales expresiones no son necesariamente jurídicas. Pero el caso sobre el que quiero focalizar mi atención es aquel en el que usamos oraciones no para transferir o conferir derechos, sino para adscribirlos o reconocerlos. Pues en tal caso, como un juez, el individuo decide, *sobre* la base de ciertos hechos, que alguien más tiene cierto derecho y su reconocimiento es como una sentencia, una mezcla entre un hecho y una regla, si no una norma jurídica.

25

(b) Segundo, oraciones como “Esto es mío”, “Esto es suyo”, “Esto es de él” pueden ser utilizadas simplemente como enunciados descriptivos para referir a cosas en relación con sus dueños. Si mientras acompaño a mis invitados a lo largo de mi propiedad, digo, señalando a un campo, “esto es mío” o “soy el dueño de esto”, lo hago a título puramente informativo.

(c) Tercero, existen otros usos adscriptivos de estas oraciones más casuales en la vida diaria que son difíciles de clasificar. Supongamos que mientras nos levantamos para irnos de un lugar, veo que usted dejó un lápiz y mientras se lo alcanzo le digo “esto es suyo” o supongamos que estoy caminando en la calle y advierto que el hombre que viene de frente al tomar su pañuelo del bolsillo deja caer su reloj. Lo levanto, se lo devuelvo con las palabras “esto es suyo”. Podríamos tentarnos a afirmar que aquí estamos usando la oración simplemente como un enunciado descriptivo equivalente a “usted estaba llevando esto y lo dejó caer o lo olvidó”; pero que esto no es de ningún modo claro puede ser observado a partir de las siguientes consideraciones. Si después de que le devolvemos el reloj, la policía llega en su móvil y arresta a esta persona por robo, ya no estaría dispuesto a repetir la oración y decir que fue verdadera, aunque si fuera “descriptiva” de los hechos

materiales ¿por qué no debería hacerlo? Por otra parte, tampoco diría que lo que dije fue falso. El enfoque es, por supuesto, que una buena razón para reconocer que una persona tiene algún derecho de propiedad sobre una cosa es que sea observado en el mundo material en posesión de ella. Y es, por supuesto, correcto adscribir en esas circunstancias tales derechos con la oración “esto es suyo” en la ausencia de alguna pretensión o circunstancia especial que pueda derrotarla. Pero como individuos no estamos en la posición de un juez; nuestra decisión no es final, y cuando advertimos nuevas circunstancias o nuevas pretensiones tenemos que decidir nuevamente a la luz de tales novedades. Pero en otro aspecto la función de las oraciones de este tipo simple y no técnico, evoca a la de las decisiones judiciales. Los conceptos involucrados son derrotables tal como los jurídicos y, similarmente, están vinculados a hechos que los justifican. Sería posible tomar la posición aventurada de decir que las oraciones como “esto es de él”, “esto es suyo” han adquirido, como la palabra “dar”, un sentido puramente descriptivo para referir a los hechos materiales normales sobre los cuales comúnmente se adscribe derecho de posesión; pero esto no daría cuenta de la peculiaridad de nuestro uso y cometería el error de ignorar el carácter derrotable e identificar el significado de una expresión con la que tomamos decisiones o hacemos adscripciones, con las circunstancias fácticas que, en ausencia de otras pretensiones, son buenas razones para aquellas. Sería más plausible decir que existe un sentido de “mío”, “suyo”, “tuyo” que es descriptivo—el sentido en el que mis dientes (como algo diferente de mis dientes falsos) son míos o mis pensamientos o sentimientos son míos—. Pero, por supuesto, respecto de éstas últimas nosotros no enunciamos o desafiamos expresiones como “esto es mio”, “esto es suyo”, “esto es de él” y es en la característica lógica de éstas en la que estoy interesado.

26

III.

Hemos dicho suficiente sobre la adscripción y el reconocimiento de derechos que realizamos mediante las expresiones simples “esto es suyo”, “esto es de él” y el uso descriptivo asociado o derivado de esas oraciones. Ahora deseo defender una tesis similar pero tal vez más controversial respecto de que el concepto de una acción humana es adscriptivo y derrotable, y que muchas de las dificultades filosóficas provienen de ignorar esto y de la ambición de determinar sus condiciones necesarias y suficientes. Las oraciones “yo lo hice”, “tu lo hiciste”, “él lo hizo” son, según sugiero, principalmente expresiones con las que *confesamos* o *admitimos* responsabilidad, hacemos acusaciones o *adscribimos* responsabilidad; y el sentido en que nuestras acciones nos pertenecen es muy parecido a aquel en que nuestra propiedad lo hace, pese a que la conexión no es necesariamente un *vinculum juris*, una responsabilidad conforme al derecho positivo. Por supuesto,

como las expresiones ya examinadas vinculadas al concepto no-descriptivo de la propiedad, el verbo “hacer” y en términos generales, los verbos de acción, tienen un uso descriptivo importante, especialmente en los tiempos verbales presentes o futuros, siendo adscriptivo su uso en el pretérito, donde el verbo usualmente es a la vez atemporal y genuinamente referido al pasado como diferenciable del presente. En efecto, el uso descriptivo de los verbos de acción es tan relevante como para oscurecer su uso no descriptivo aún más en ese caso que en el caso de “esto es suyo”, “esto es de él”, etc., pero el carácter lógico de los verbos de acción es, creo yo, traicionado por las distintas características que las oraciones que contienen esos verbos en tiempo pretérito tienen en común con las oraciones en tiempo presente que usan los pronombres posesivos (“esto es de él”, etc.) y así con las decisiones judiciales que endosan consecuencias jurídicas a los hechos.

Puedo enfatizar más mi posición contrastándola con el que creo equivocado, pero tradicional, análisis filosófico del concepto de la acción. “¿Qué distingue al movimiento físico de un cuerpo humano de una acción humana?” es una famosa pregunta filosófica. La respuesta ya pasada de moda es que la distinción yace en la ocurrencia previa o simultánea del movimiento físico al elemento mental relacionado con aquel (era esperado) como su causa psicológica, que llamamos “tener la intención” o “proponernos hacer”, “voluntad” o “deseo” de hacer el acto en cuestión. La respuesta moderna es que, para decir que X realizó la acción, se debe afirmar una proposición categórica sobre el movimiento de su cuerpo y una proposición general hipotética o proposiciones sobre el efecto de que X hubiera respondido en varias formas a varios estímulos, o que su cuerpo no se habría movido como lo hizo o que una consecuencia física hubiera sido evitada, si hubiera elegido diferente, etc. Ambas respuestas me parecen erradas o al menos inadecuadas en diferentes sentidos, pero ambas cometen el error común de suponer que puede efectuarse un análisis adecuado sobre el concepto de acción humana en cualquier combinación de las oraciones descriptivas, categóricas o hipotéticas, o en cualquier oración relacionada enteramente con un individuo singularmente considerado. Para ver esto, contrastese la concepción tradicional de la acción con la pregunta “¿cuál es la diferencia entre un pedazo de tierra y una parte de la propiedad?”. El concepto de propiedad no es un concepto descriptivo, y la diferencia entre “esto es un pedazo de tierra” o “Smith tiene un pedazo de tierra” por un lado, y “esta es la propiedad de alguien” y “Smith tiene una propiedad”, por el otro, no puede ser explicada sin referencia a las expresiones no-descriptivas a partir de las cuales las leyes son promulgadas y las decisiones alcanzadas, o, cuando menos, sin referencia a aquellos para quienes los derechos fueron reconocidos. Tampoco, sugiero yo, que la diferencia entre “su cuerpo se movió en contacto violento con otros” y “él lo hizo” (como por ejemplo “él le pegó”) puede ser explicada sin referencia al uso

27

no-descriptivo de las oraciones a partir de las cuales se adscriben obligaciones o la responsabilidad. Lo que está fundamentalmente equivocado tanto en la tradicional como en la nueva versión del análisis de la acción como una combinación de eventos físicos y psicológicos o la combinación de oraciones categóricas e hipotéticas descriptivas, es el error al identificar el significado de una expresión no descriptiva que adscribe responsabilidad en mayor o menor medida, con las circunstancias fácticas que justifican o son buena razón para esa adscripción. En otras palabras, pese a que, por supuesto, no todas las reglas de acuerdo con las que, en nuestra sociedad, adscribimos responsabilidad se encuentran en nuestro código jurídico ni viceversa, nuestro concepto de acción humana, como nuestro concepto de propiedad, es un concepto social y depende lógicamente de reglas de conducta aceptadas. Es fundamentalmente un concepto no descriptivo sino adscriptivo por naturaleza; y es un concepto derrotable que debe ser definido mediante excepciones y no mediante una serie de condiciones necesarias y suficientes, ya sean físicas o psicológicas. Esta aseveración se funda en las siguientes consideraciones:

28 Primero, cuando luego de observar un movimiento físico de una persona viva en conjunción con otra, decimos "Smith le pegó" o "Smith lo hizo" en respuesta a la pregunta "¿Quién le pegó?" o "¿Quién lo hizo?" seguramente no tratamos a esa respuesta como una afirmación compuesta respecto de que el movimiento físico del cuerpo de Smith ocurrió y que algún evento mental que inferimos, tuvo lugar en su mente (él se predispuso o tuvo la intención de pegarle); pues estaríamos agregando algo a esta respuesta si realizáramos cualquier referencia a hechos psicológicos. Tampoco tratamos esta respuesta como una combinación de oraciones categóricas o hipotéticas, descriptivas de un movimiento físico y la disposición de Smith, o qué hubiera ocurrido si él hubiera optado por algo diferente. Al contrario, al decir "él le pegó" en esas circunstancias es como decir "esto es de él", una fusión. Es la adscripción de responsabilidad justificada por los hechos; pues los movimientos físicos observables del cuerpo de Smith son las circunstancias que, si no media alguna defensa, justifican o dan buenas razones para la oración adscriptiva "él lo hizo". Pero, por supuesto, "él lo hizo" difiere de "esto es de él" porque estamos adscribiendo responsabilidad no derechos.

Segundo, la oración "Smith le pegó" puede ser desafiada de la manera característica en que funcionan las expresiones jurídicas derrotables, de dos diversos modos. Smith o alguien más puede negar categóricamente los enunciados relevantes respecto de hechos físicos, "no, fue Jones, no Smith". A la vez, (pero como no estamos en un tribunal, no puede ser presentada de manera acumulativa) cualquiera de una vasta gama de defensas puede ser invocada por Smith o sus amigos que, pese a que no derriban la acusación completamente, la aminoran o, como dicen

los juristas, la "atenúan".

Así, puede decirse que "él lo hizo" ("él le pegó"):

1. "Accidentalmente" (se interpuso en su camino cuando estaba martillando un clavo).
2. "Inadvertidamente" (mientras martillaba un clavo, sin mirar lo que estaba haciendo).
3. "Por confundirlo con otra persona" (él pensó que ella era May, que le había pegado).
4. "En defensa propia" (ella estaba a punto de golpearlo con un martillo).
5. "Bajo gran provocación" (ella justo le había tirado la tinta encima).
6. "Pero se encontraba bajo la presión de un acosador" (Jones dijo que lo golpearía).
7. "Pero está loco, pobre hombre".

29 Tercero. Es posible, por supuesto, tomar una posición aventurada y decir que todas esas defensas sólo son signos de la ausencia, en cada caso, de un elemento psicológico común, "intención", "voluntariedad", "conciencia", que requiere una definición "completa" de la acción. Es decir, como una de las condiciones necesarias y suficientes, y que, después de todo, el concepto es descriptivo y ordinario. Pero pueden realizarse varias objeciones a esto. Esas palabras que lucen positivas como "intención", etc. si se las presenta como condiciones necesarias de toda acción sólo pueden ser consideradas como tales si, de hecho, se las entiende como una comprensiva y engañosa referencia, que suena positiva, a la ausencia de una o más de las defensas, y, entonces, sólo son comprensibles cuando se las interpreta a la luz de las defensas y no al revés. Nuevamente, cuando estamos adscribiendo una acción a una persona, la pregunta sobre si un "evento" psicológico ocurrió no se presenta de la forma positiva que sugiere, sino en la forma de una indagación sobre si alguna de las defensas atenuantes se aplican al caso. Más aún, cuando es dada una descripción más específica del elemento mental común, usualmente suele tratarse de algo verdaderamente particular y característico de sólo un tipo especial de acción, y de ninguna manera es un elemento en todas las acciones. Esto es innegable para las "predisposiciones" a las que refiere el profesor H. A. Pritchards¹² quien correctamente describe algunas ocurrencias siniestras en nuestras vidas, pero de seguro no se trata de un ingrediente esencial en todos los casos en los que reconocemos una acción.

Cuarto. El viejo criterio psicológico no brinda explicación sobre la línea que trazamos entre aquello que todavía llamamos acción, aunque accidental y los demás

12 Ver "Duty and Ignorance of Fact", p. 24 y ss.

casos. Si yo apunto a un poste y el viento desvía la bala de modo que impacta a un hombre, se diría que le disparé accidentalmente, pero si apunto al poste, acierto y la bala luego rebota e impacta a un hombre, no se diría que existió acción alguna. Pero en ninguno de los dos casos yo intenté, me predispose o deseé lo que ocurrió.

Quinto. La fórmula moderna, según la cual decir que una acción es voluntaria es decir que el agente pudo haberla evitado si hubiera elegido diferente, o bien ignora el carácter heterogéneo de nuestro criterio al calificar "él lo hizo" cuando usamos palabras como "accidentalmente", "por error", "bajo coerción", etc., o bien evita esto dejando inaceptablemente abierto el significado de la prótasis "si él hubiera elegido diferente". Pero aún nuestros criterios para calificar "él lo hizo", pese a que resultan múltiples y heterogéneos, son susceptible de ser determinados con alguna precisión. Así, si la fórmula general sugerida se usa para explicar nuestra negativa a afirmar que decir "él lo hizo" sin calificación, cuando la mano de un hombre es forzada por otro, es engañoso utilizar la misma fórmula en los muy distintos casos de accidente, error, coerción por amenazas o provocación. Porque en el primer caso, el enunciado "el agente no pudo haber actuado diferente si lo hubiera elegido" es verdadero en el sentido de que no tenía control sobre su cuerpo y su decisión hubiera resultado inefectiva; mientras que en, por ejemplo, el caso del accidente, el sentido en el que el enunciado es verdadero (si de alguna manera lo fuera) es que pese a tener total control de su cuerpo el agente no previó las consecuencias físicas de sus movimientos. Y, por supuesto, nuestra calificación de "él lo hizo" en casos de coerción mediante amenazas o provocación (que debe ser tenida en cuenta en cualquier análisis de nuestro uso de los verbos de acción) sólo puede ser comprendida bajo la fórmula general sugerida si la prótasis es utilizada en un sentido diferente, de modo que su comfortable generalidad, al final, se evapora; pues habrá tan variados sentidos como diferentes tipos de defensas o calificaciones de "él lo hizo". Algunos buscan evitar esta conclusión diciendo que en los casos en los que calificamos "él lo hizo", por ejemplo, en un caso de accidente, existen, de hecho, dos elementos de los cuales uno es la genuina acción (disparar el arma) y la otra es su efecto (el hombre siendo impactado), y que nuestro uso común en el que diríamos "él le disparó accidentalmente" es inadecuado o laxo. "Estrictamente" se impone decir "él disparó el arma" (acción en el sentido estricto) y "la bala impactó al hombre". Pero esta línea de pensamiento, tanto como suponer que podemos decir que una acción "genuina" es independiente de nuestro efectivo uso de los verbos de acción, cultiva paradojas tan familiares como incómodas. Si los casos de accidentes deben ser analizados en una acción genuina *más* los efectos no intencionales, entonces una acción normal debe ser analizada en una acción genuina *más* los efectos intencionales. Disparar un arma debería ser analizado, según esta visión, como jalar del gatillo *más*... y jalar el gatillo debe ser analizado

30

como apretar el dedo *más*... De modo que, al final, las únicas "acciones genuinas" (si existen) serán los mínimos movimientos que podemos hacer con nuestro cuerpo donde nada "puede" salir mal. Estas paradojas son el resultado de la insistencia de que la "acción" es un concepto descriptivo que puede definirse a partir de un conjunto de condiciones necesarias y suficientes.

Sexto. Cuando adscribimos como sujetos privados derechos o responsabilidades, no estamos en la posición del juez cuya decisión es autoritativa y final, pero que debe lidiar con las pretensiones y defensas que le fueran efectivamente presentadas. En la vida privada, las decisiones no son finales, y los individuos no son relevados, como el juez habitualmente lo es, del esfuerzo de inquirir qué defensas podrían haber sido introducidas. Si, por lo tanto, en virtud meramente de los hechos físicos que observamos juzgamos que "Smith le pegó" y no calificamos nuestra decisión, la misma puede resultar errónea o defectuosa de una forma en que la decisión de un juez no podría serlo. Porque si de la investigación de los hechos surge que nosotros debimos decir que "Smith le pegó accidentalmente", nuestra primera decisión debe ser calificada. Pero es importante advertir que no se desecha como un falso enunciado o una inferencia falsa que algún elemento mental esencial haya ocurrido necesariamente para la veracidad de la oración "él lo hizo". Nuestra adscripción de responsabilidad ya no se justifica a la luz de las nuevas circunstancias que hemos advertido. De modo que debemos juzgar nuevamente: *no describir nuevamente*.

31

Finalmente, quiero aclarar, como lo hacen los abogados al decir que la cautela abundante no daña, que hay dos tesis que no he sostenido. No he mantenido ninguna forma de conductismo, pues pese a que es generalmente correcto decir "él lo hizo" sólo considerando los movimientos físicos observados en otro, la formulación "él lo hizo", nunca, según entiendo, describe tales movimientos. Segundo, quiero distinguir mi propia tesis de aquella que hoy habitualmente se mantiene como una solución o disolución del problema del libre albedrío, y mantiene que decir que una acción es involuntaria *significa* meramente que la culpa moral tendería a desalentar la reincidencia del agente culpado, y el elogio moral lo alentaría. Esto me parece que confunde la pregunta respecto de a qué nos referimos cuando decimos que un hombre ha realizado una acción, con la pregunta de por qué nos ocupamos al asignar responsabilidad a los actos de las personas del modo en que lo hacemos. Ciertamente, hay una conexión entre ambas preguntas, esto es, entre teorías del castigo y los premios y los intentos de elucidar un criterio que efectivamente usamos para asignar responsabilidades. No hay duda que llegamos a emplear el criterio que usamos porque, entre otras cosas, a largo plazo y en un todo y no para el desdichado individuo en soledad, sino para la "sociedad", atribuir responsabilidad de la manera en que lo hacemos tiende a controlar al crimen e incentiva la virtud;

y el historiador social puede ser capaz de demostrar que nuestro criterio cambia lentamente, con la experiencia de los resultados retributivos o disuasivos obtenidos mediante su aplicación. Pero esta es sólo una de las cosas que la aplicación de estos criterios hace por nosotros. Esto es uno de los factores que nos llevan a mantenerlos o modificarlos. Hábito o conservadurismo, la necesidad de certeza y la necesidad de algún sistema de asignación de costos producidos por las conductas, son otros factores y pese a que, por supuesto, esto nos lleva a lamentar la intrusión de los factores "no utilitaristas", me parece de todas formas vital distinguir la pregunta del valor histórico y pragmático y, en un sentido, la moralidad de las distinciones que trazamos, de la pregunta sobre cuáles son esas distinciones.

Lagunas normativas, razones jurídicas y discrecionalidad judicial*

Ezequiel Monti**

Índice

I.	Introducción	35
II.	El dilema de Atria: el positivismo entre formalismo y escepticismo	36
III.	La respuesta de Bulygin	44
	A. La caracterización de la función jurisdiccional como solución de conflictos no es ideológica ni inadecuada	44
	B. La justificación de la tesis de la simetría no depende de la caracterización de la función jurisdiccional como resolución de conflictos	45
	C. La distinción entre normas y proposiciones normativas	46
	D. La defensa del cargo de escepticismo: casos no regulados vs. lagunas normativas	46
	E. La defensa del cargo de escepticismo: la solución de un caso implica la solución de los casos más finos	47
IV.	Una vía intermedia	48
V.	Función jurisdiccional, sistemas del ciudadano y del juez y discrecionalidad judicial	48
VI.	Propiedades relevantes y razones jurídicas	50

* Una versión borrador de este trabajo fue presentada en el Seminario Internacional de Filosofía del Derecho de Vaquerías 2013. Agradezco los comentarios críticos realizados en esa oportunidad. Previamente, tuve la posibilidad de discutir las ideas de este trabajo en el marco del Seminario de Lógica y Filosofía del Derecho (UBA) que dirigen Eugenio Bulygin y Hugo Zuleta, de cuyos miembros, como siempre, recibí valiosas críticas y observaciones.

** Universidad de Buenos Aires (UBA). Dirección de e-mail: ezemonti@gmail.com