

Dos tesis de H.L.A. Hart sobre responsabilidad y castigo: 50 años después*

Two Theses of H.L.A. Hart about Responsibility and Punishment: 50 Years Later

SEBASTIÁN FIGUEROA RUBIO**

Universidad Adolfo Ibáñez

ILSSE CAROLINA TORRES ORTEGA***

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente

Resumen: En este trabajo hacemos un balance crítico de algunos de los temas planteados por H.L.A. Hart en su libro *Punishment and Responsibility*. Concretamente, nos ocupamos de dos tesis relacionadas con los temas de responsabilidad y castigo: la tesis de la primacía de la sujeción y la tesis del carácter mixto de la justificación del castigo. Planteamos dichas tesis y revisamos su potencial explicativo a través del análisis de críticas que han recibido.

Palabras clave: responsabilidad, sujeción, filosofía del derecho penal, castigo, H.L.A. Hart

Abstract: In this paper we make a critical assessment of some claims made by H.L.A. Hart in his book *Punishment and Responsibility*. Particularly, two specific theses on responsibility and punishment are addressed: the primacy of liability thesis and the mixed character of the justification of punishment thesis. We introduce both theses and we analyze their explanatory potential through scrutiny of criticisms they have faced.

Key words: responsibility, liability, philosophy of criminal law, punishment, H.L.A. Hart

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. RESPONSABILIDAD.- II.1. «RESPONSABILIDAD» Y SUS SENTIDOS.- II.2. PRIMERA TESIS DE HART: PRIMACÍA DE LA SUJECIÓN.- II.3. ASIMETRÍA ENTRE LOS SENTIDOS DE RESPONSABILIDAD.- II.4. CRÍTICAS A LA PRIMACÍA DE LA SUJECIÓN: R.A. DUFF Y JOHN GARDNER.- II.4.1. RÉPLICA A LAS CRÍTICAS: AUTORÍA Y SUJECIÓN.- II.4.2. AUTORÍA COMO FORMA DE SUJECIÓN.- III. CASTIGO JURÍDICO.- III.1. EL ANÁLISIS DEL CASTIGO.- III.2. SEGUNDA TESIS DE HART: LA TESIS DEL CARÁCTER MIXTO DE

* Este artículo ha sido inspirado por el impacto producido en los autores al estudiar, durante nuestros períodos de investigación doctoral, el libro de Hart *Punishment and Responsibility*. Los autores agradecen a todos los profesores y compañeros de doctorado en Alicante, Edimburgo, Génova y Girona con quienes pudieron discutir y compartir la pasión por el estudio de esta y otras obras.

** Doctor en Derecho por la Universitat de Girona. Profesor Asistente, Universidad Adolfo Ibáñez. Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de posdoctorado Fondecyt 3160427. Código ORCID: 0000-0001-8181-4812. Correo electrónico: sebastian.figueroa@uai.cl

*** Doctora en Derecho (Filosofía del Derecho) por la Universidad de Alicante. Profesora investigadora en el Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) (Jalisco, México).

Código ORCID: 0000-0002-5929-9137. Correo electrónico: torresilsse@iteso.mx

I. INTRODUCCIÓN

En 2018 se cumplen 50 años de la publicación de *Punishment and Responsibility*, uno de los libros más importantes en la obra de H.L.A. Hart¹. Se trata de un libro con ideas esclarecedoras que ha tenido gran relevancia a pesar de su escasa difusión en la literatura en español. Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos importante hacer una breve presentación junto a un modesto balance de dicha obra, haciendo presente su valor para el pensamiento penal y iusfilosófico. Para ello nos planteamos hacer dos cosas. En primer lugar, realizar una interpretación de dos tesis defendidas por el autor a lo largo de los ensayos que conforman el libro y, en segundo lugar, revisar algunas de las principales discusiones que se han generado a partir de ellas. En particular, nos proponemos cuestionar la fuerza de algunas críticas que se han planteado a las ideas de Hart y, con ello, mostrar el valor de la forma de tratar los problemas jurídicos por parte de este autor. Así, nos centraremos en dos tesis que denominaremos la tesis de la primacía de la sujeción y la tesis del carácter mixto de la justificación del castigo. Ambas tesis justifican en parte que el libro se llame *Punishment and Responsibility*, pues a partir de ellas se propone dar cuenta de una manera de comprender la responsabilidad y el castigo jurídico, respectivamente².

Este artículo consta, entonces, de dos partes. En la primera se aborda el trabajo conceptual realizado por Hart en torno a la noción de responsabilidad. En particular, se analizará la plausibilidad de una de las tesis defendidas acerca de cuál de los usos de expresiones como «responsabilidad» o «ser responsable» es primario para la comprensión de dicho concepto en el ámbito jurídico y moral. En este contexto, Hart utiliza una interesante combinación entre el análisis conceptual y una teoría pragmatista del derecho para esclarecer algunas confusiones en las que usualmente se ven envueltos los teóricos³. El tratamiento

1 La primera edición de esta obra fue publicada en 1968, recogiendo nueve artículos publicados durante el transcurso de 10 años en distintos medios, con modificaciones menores, salvo el texto «Postscript: Responsibility and Retribution», el cual supuso una modificación mayor de textos previos, así como la incorporación de argumentos no publicados previamente. Posteriormente, en 2008 fue publicada una segunda edición de la obra en la que se afinaron algunos detalles de edición e inteligibilidad, aunque su principal aporte consiste en la incorporación de una introducción de John Gardner.

2 Dichas tesis se encuentran especialmente desarrolladas en los textos que sirven de introducción y de posfacio del libro, por los que nos enfocaremos en dichos textos, aunque las ideas reseñadas se pueden rastrear a lo largo de todo el libro y otros trabajos del autor.

3 Señala John Gardner que Herbert Hart y Joel Feinberg, en su trabajo sobre la materia, «[m]ostraron que la bibliografía existente sobre la responsabilidad, tanto jurídica como moral, estaba sumida en confusión. Los participantes con frecuencia se contradecían, incluso con ellos mismos, acerca de cuál de los sentidos de la palabra estaban usando, lo que permitía que ciertas tesis implausibles pasaran desapercibidas» (Gardner, 2012a, p. 170).

dado a la primera tesis permitirá concluir dos cosas en relación con la segunda tesis. Una es que el tipo de trabajo emprendido por Hart permite ubicar en un nivel discursivo específico las preguntas acerca de la justificación del castigo jurídico y, con ello, diferenciarlas de otras preguntas vinculadas a la individuación de prácticas afines al mismo. La otra es que, ya ubicados en el contexto justificativo, la primera tesis (i.e. que el sentido primario de «responsabilidad» es el de sujeción) permite plantear la cuestión de qué requisitos han de verse satisfechos en cada contexto (las condiciones de sujeción) para legitimar la imposición particular de un castigo. En este caso, el castigo jurídico penal.

En la segunda parte de este trabajo se aborda el tema del castigo y los diversos discursos que se pueden identificar en torno a él, junto con algunas de las críticas más destacables que se han presentado a la propuesta de Hart. En materia del castigo, Hart pretende demostrar que para abordar el nivel de justificación es necesario analizar lo que está detrás de las decisiones de nuestros ordenamientos acerca del diseño de las estructuras jurídico-penales que hoy conocemos, esencialmente, un sistema dirigido a garantizar el castigo del culpable y la absolución del inocente. Para ello, el autor se propone analizar los principios involucrados en el castigo, explorando los distintos elementos y dimensiones que están presentes en aquello que identificamos como «la institución del castigo».

II. RESPONSABILIDAD

II.1. «Responsabilidad» y sus sentidos

Respecto a la noción de responsabilidad, Hart expone que expresiones como «responsabilidad», «responsable» y «responsable de» refieren a un rango de conceptos diferentes, aunque conectados, por lo que es apropiado hablar de la presencia de diferentes sentidos (para un análisis de la propuesta, véanse Boxer, 2014; Kutz, 2002, pp. 548-551; Larrañaga, 2000, pp. 98-105; Nino, 1980, pp. 184-187). Esto implica que al utilizarlos se pueden hacer diferentes cosas, por lo que resulta necesario un análisis que permita desambiguarlos (sobre la noción de análisis, véanse Glock, 2008, capítulo 2; Strawson, 1992, capítulos 1 y 2; y su utilización por Hart, véase MacCormick, 2010, capítulos II y XII). A dicho análisis, Hart dedica parte de su texto, teniendo en cuenta dos cuestiones metodológicas. La primera es que el autor dice estar preocupado con el uso dado por especialistas; así, considera cómo filósofos morales y jurídicos, por una parte, y abogados y jueces, por otra, utilizan estas expresiones. En segundo lugar, señala que es necesario distinguir dichos usos para no caer en reduccionismos. Uno de los enemigos constantes de Hart a lo largo de su trabajo es la tentación de reducir algunos conceptos a otros, olvidando la variedad de elementos

11

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉS

TWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

que encontramos en la realidad social y, especialmente, en la forma en que reflexionamos en torno a ella.

De esta forma, una primera cuestión supone identificar diferentes usos de las expresiones en cuestión. El autor los ilustra con el siguiente ejemplo:

Como capitán de un barco, X era responsable por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje, se embriagaba todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron responsable de sus acciones. Durante el viaje, X se comportó muy irresponsablemente y varios incidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona responsable. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado responsable por la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente responsable de la muerte de muchas mujeres y niños (Hart, 2008[1968], p. 211; se cita la traducción al castellano de Carlos Nino, 1980, pp. 184-185).

Siguiendo a Hart, a partir del ejemplo se pueden distinguir cuatro sentidos particularmente importantes de los términos en cuestión, a saber:

1. Responsabilidad como capacidad. En el ejemplo, aparece cuando señala que los médicos encontraron a X responsable de sus acciones al comprobar que no estaba demente. Cuando se habla de que alguien es responsable en este sentido, para Hart se asevera que una persona tiene capacidades *normales*. Estas capacidades implicarían el entendimiento, el razonar y el control de la propia conducta (Hart, 1965[1949], p. 157; 2008[1959], p. 34; 2008[1965], p. 197; 2008[1968], p. 227). Dichas capacidades se atribuyen a los individuos para considerarlos agentes en un sentido básico, y se presumen dentro de las interacciones en donde los participantes son tratados como individuos que realizan acciones. A pesar de tener estos efectos, señala Hart que este tipo de atribución cuenta como una descripción de la condición psicológica de una persona (Hart, 2008[1968], p. 228; Larrañaga, 2000, p. 106), y con ello se afirma que se pueden predicar ciertas cualidades (i.e. capacidades) de un individuo, cuestión que puede comprobarse basándose en cómo se dan los hechos en el mundo (e.g. realizando un test psicológico al individuo, realizando un electroencefalograma).
2. Responsabilidad como rol. Este sentido se utiliza cuando se dice que el capitán es responsable por la seguridad de los pasajeros y la carga, debido a que es el capitán del barco. Hart propone

13

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉSTWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

una generalización diciendo que estamos ante un rol cuando una persona ocupa un lugar distintivo en una organización o actividad social, con el cual se relacionan deberes específicos para promover el bienestar de otros o para avanzar en algún otro fin específico. En este contexto, se dice que dichos deberes son las *responsabilidades* de una persona.

3. Responsabilidad como sujeción⁴. Este sentido aparece en el ejemplo cuando se señala que, en un proceso judicial, X fue declarado legalmente responsable por la pérdida de vidas y bienes y aún lo es moralmente. Se dice que se satisfacen las condiciones para que un individuo quede *sujeto* a lo que en términos generales podemos denominar una reacción (e.g. un castigo, reproche, un premio). En este sentido de «responsabilidad» se hace referencia a una estructura de doble atribución: la adscripción de un evento a un individuo (e.g. el hundimiento culpable de un barco) y la legitimidad de una reacción basada en dicha adscripción (e.g. es legítimo determinar el pago de una indemnización, así como que se le aplique un castigo penal) a la que se le sujeta. John Gardner señala que en este sentido de «responsabilidad»,

Son responsables quienes son individualizados para cargar con las consecuencias normativas adversas de las acciones incorrectas. Estas consecuencias son normativas en dos aspectos: en primer lugar, se trata de cambios en la posición moral o jurídica (o normativa en otro sentido) de alguien. En segundo lugar, son producidas por la violación de una norma (moral, jurídica o de otro tipo) por parte de alguien (Gardner, 2012a, p. 183).

Así, en primer lugar, al atribuir responsabilidad en este sentido se constata que alguien debe soportar una consecuencia normativa, específicamente aquella explicitada al articular una regla de sanción. En segundo lugar, se constata que el agente quebrantó un estándar que permite catalogar a la acción o situación como *incorrecta*, lo cual, a su vez, permite decir que

4 Muchas veces al traducir *liability* (en el enunciado *liability-responsibility*) se utilizan términos como «sancionabilidad», «reprochabilidad» o «punibilidad». En este caso se ha optado por una traducción más literal del término: «sujeción», tanto porque la idea no hace referencia a algún tipo especial de reacción (e.g. reproche, sanción o punición), como porque capta la idea de que la posición de quien es acusado cambia al determinar su responsabilidad, siguiendo un espíritu hohfeldiano. Además, la raíz de la palabra inglesa *liability*, tiene que ver con la idea de «sujetar». En palabras de Yágüez, «la palabra *liability* responde a la idea de «ser *liable*». Este último adjetivo, que el OED [*Oxford English Dictionary*] considera posiblemente precedente de la palabra del antiguo francés de la misma grafía, se define como «atado u obligado por la ley o la equidad, o de acuerdo con una regla o un convenio» (2002, p. 1334). Por último, también se puede tener en cuenta el uso «responsabilidad resultante» (*consequential responsibility*), adoptado por Ronald Dworkin para referirse a este sentido de responsabilidad. Esta denominación es utilizada por John Gardner (2012a, 2012b, pp. 197-220: «El sello de la responsabilidad»), quien la distingue de lo que denomina «responsabilidad básica» (*basic responsibility*), la cual se puede identificar con responsabilidad como capacidad, como haremos en lo que sigue.

alguien debe asumir las consecuencias, quedando sujeto a una reacción.

4. Responsabilidad como causa. En el ejemplo, el término se utiliza en este sentido cuando se dice que el capitán fue el responsable de la pérdida del barco, así como cuando el capitán se defiende de dicha acusación diciendo que las tormentas fueron las responsables. Cuando se habla de un factor causal, se propone una relación entre dos eventos diferenciables. Específicamente se propone que un evento no hubiera acaecido sin el acaecimiento del otro. En dicha relación, se considera el primero como efecto del segundo (que se entiende como su causa o factor causal). Dicha conexión se concibe, a su vez, como fácticamente necesaria y explicable a través de una ley de cobertura (son diversas las formas en que se pueden entender los diferentes términos utilizados en este párrafo, véase, entre otros, Psillos, 2002). Al hablar de responsabilidad, responsabilizar y ser responsable en este sentido, al igual que cuando se le utiliza para atribuir capacidades, se utiliza lenguaje descriptivo.

II.2. Primera tesis de Hart: primacía de la sujeción

En su trabajo, Hart no solo se propone identificar los usos más comunes de las expresiones en cuestión, sino también encontrar, de existir, relaciones entre los diversos usos. Realizando dicha búsqueda, Hart concluye que el sentido primario de responsabilidad es el de sujeción (Hart, 2008[1965], pp. 196-197, 2008, p. 265)⁵. En esta parte del trabajo se explorará lo que implica esta conclusión. Desde el trabajo de Hart pueden interpretarse dos argumentos a su favor. El primero consiste en que entre los diversos sentidos existe cierta independencia y que, por ende, no es recomendable hacer colapsar unos conceptos con otros, cuestión que en parte está implícita en la idea misma de que se trata de diferentes usos y no profundizaremos más en él. El segundo argumento supone que entre la utilización de expresiones como «responsabilidad» o sujeción y los otros tres usos existe una relación de asimetría.

En principio, se puede decir a favor de la tesis de la primacía de la sujeción que atribuir sujeción a una reacción aparece como el sentido más comprensivo y que, de cierta manera, unifica a los otros (Larrañaga, 2000, p. 104; Nino, 1980, p. 187). Hart plasma esto en los siguientes términos:

5 Apoyando esta conclusión se puede citar a Paul Ricœur quien, al realizar su ensayo de análisis semántico sobre el término responsabilidad, señala que este es «su uso jurídico clásico: en derecho civil, la responsabilidad se define por la obligación de reparar el daño que hemos causado con nuestra falta y en ciertos casos está determinada por la ley; en derecho penal, por la obligación de soportar el castigo» (1997, p. 39).

15

Los otros sentidos de responsabilidad se derivan de distintas formas de este sentido primario de responsabilidad como sujeción y, de esta manera, se conectan indirectamente con el sentido relevante de «respuesta». Causar un daño y poseer las capacidades normales para actuar conforme lo requiere el derecho y la moral son los criterios más prominentes entre los requisitos de la responsabilidad como sujeción. Así, una persona que causa un daño por sus acciones u omisiones y que posee estas capacidades es responsable en el sentido de pasible de sanción o sancionable. Parece entonces completamente natural que la palabra «responsable» haya de ser utilizada no solo para designar el resultado de satisfacer estos criterios para la sanción, sino también para designar a quien los satisface (una persona que causa un daño, una persona que tiene capacidades normales, etc.). Además, parece que el uso del término también puede extenderse de manera natural en otro sentido: «responsable de» puede ser utilizado para referirse a conexiones causales y a la posesión de estas capacidades fuera de los contextos de culpabilidad o penalidad; puede extenderse a la producción de buenos resultados y de malos resultados y a otras causas distintas de las acciones de los seres humanos. La responsabilidad como deberes y obligaciones derivados de un estatus o papel social quizá esté conectada de una forma más indirecta: la conexión reside en que quien ocupa un estatus es contingentemente responsable en el sentido primario si falla al satisfacer ciertos deberes consecuencia de su rol y que son sus responsabilidades (Hart, 2008, p. 265; se cita la traducción de Larrañaga, 2000, pp. 104-105)⁶.

En la cita se puede identificar el argumento de la asimetría. Cuando se habla de una relación asimétrica entre los sentidos, se quiere decir que realizar atribuciones de capacidades, roles y de ser factor causal utilizando expresiones como «responsable» puede servir de base para adscribir responsabilidad como sujeción (en el texto citado aparecen como «criterios para la sanción», pero podemos hablar de criterios o condiciones de sujeción considerando lo dicho anteriormente), mientras que la relación inversa no se da. La conclusión de Hart conlleva la afirmación de que se puede entender que el significado de la palabra «responsabilidad» se extiende *desde* la atribución de responsabilidad como sujeción *hacia* otros tipos de atribución (de roles, de ser factor causal, etcétera).

La atribución de ser factor causal, ejercer algún rol o contar con ciertas capacidades son solo algunas de las condiciones de sujeción que se pueden exigir para que una decisión concreta de adscripción de responsabilidad sea tomada correctamente; ninguna de dichas atribuciones es siempre necesaria ni suficiente para ello. Al realizar una

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉS

TWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

⁶ En la transcripción de la traducción se ha cambiado «sancionabilidad» por «sujeción» como traducción de *liability*.

atribución de responsabilidad, se explica un evento cargándolo a la cuenta de un individuo (i.e. aquello *por* lo que es responsable). Para ello se requiere de una conexión entre el individuo y el evento relevante, pero no se trata del mismo tipo de conexión en todos los casos. La atribución de roles, de ser factor causal y de contar con ciertas capacidades pueden mostrar esa conexión, pero no son las únicas formas de establecerlas (para una ilustración del cambio de los criterios de imputación durante la historia, véase, entre otros, Hassemmer, 1999, pp. 163-176).

En los casos de responsabilidad como sujeción, la atribución está vinculada con la satisfacción de los referidos criterios que aparecen como condiciones. Se puede decir que son estas condiciones las que permiten realizar clasificaciones entre tipos de responsabilidad. Por ejemplo, podría parecer claro que una condición necesaria para decir que alguien es responsable en el sentido de estar sujeto a una reacción es que sea responsable en términos de ser factor causal. Es decir, solo podemos sancionar a quien haya causado el evento por el que se le llama a responder, pero esto no siempre es así, si se consideran casos de responsabilidad vicaria, donde una persona está sujeta a una reacción por la conducta realizada por otra. Algo similar puede decirse respecto a la ocurrencia de múltiples casos en los cuales se adscribe sujeción a una reacción sin tener en cuenta la existencia previa de acciones o la tenencia de capacidades. Esto sucede, por ejemplo, en lo que se denomina responsabilidad objetiva.

II.3. Asimetría entre los sentidos de «responsabilidad»

En los párrafos anteriores se puede apreciar la acusada relación de asimetría, específicamente entre la atribución de sujeción y los otros usos revisados, pues no se acude a la atribución de sujeción para describir una relación causal, atribuir un rol o señalar que alguien tiene cierta capacidad. En este sentido, se puede interpretar la idea de Hart de que el uso de dicho vocabulario se *extiende* desde la atribución de sujeción a las otras, debido a que estas atribuciones son utilizadas en muchos contextos precisamente para sujetar a alguien a una reacción en términos de una adscripción de responsabilidad. Idea similar expresa Ricœur al escribir que el uso de responsabilidad como sujeción es el uso jurídico más básico y que los otros significados son parte de una «dispersión de empleos» por medio de un «estallido [que] se expande en todos los sentidos, al amparo de asimilaciones azarosas que alienta la polisemia del verbo *responder*: no solo *responder por*, sino *responder a*» (Ricœur, 1997, p. 40; esto también se condice con que la responsabilidad como sujeción es el uso más cercano a la etimología de la palabra, véase Yágüez, 2002).

La importancia tanto de la asimetría como de la necesidad de mantener cierta independencia entre los diversos sentidos de las expresiones analizadas se aprecia al revisar con cierto detalle las propuestas de

17

quienes procuran reducir todas las atribuciones de sujeción a alguno de los otros tipos de atribución. Así, por ejemplo, Hart y Honoré, en *Causation in the Law*, critican a aquellos que amplían la noción de causa para poder explicar toda atribución de responsabilidad (Hart & Honoré, 1985, pp. 65-66), pues terminan explicando toda atribución como basada en conexiones fácticas entre eventos, lo cual está lejos de ser cierto —Richard Epstein (1973) desarrolla una teoría de la responsabilidad por daños basada en la causalidad, la cual ha sido criticada por Coleman (2010, pp. 278-280)—. Algo similar sucede con quienes centran toda atribución de responsabilidad en la existencia de roles y piensan que es imposible sin ellos, como sucede con la propuesta de autores como Antony Duff⁷. Quienes procuran realizar estos tipos de reducción, al parecer creen haber encontrado el criterio para la sujeción que está presente en todo caso de adscripción de responsabilidad y terminan deformando ciertas nociones o banalizándolas, de modo tal que estas pierden su operatividad.

Por último, se puede identificar una diferencia entre la atribución de sujeción y los otros tres sentidos: el tipo de explicación que se realiza por medio de dicha atribución habla acerca de lo que otros pueden hacer ante el sujeto responsable (luego de satisfechas ciertas condiciones) y no solo acerca de las características del sujeto o de sus relaciones con eventos u organizaciones. De hecho, esa es la forma en que debe entenderse que cambia su posición moral o jurídica. La idea central es que se da un papel relevante a quienes responsabilizan y, particularmente, a sus reacciones, de ahí que defender a este sentido como el primario implica asumir una perspectiva *reactiva* acerca de la responsabilidad. Además, permite ver a la responsabilidad como un tipo particular de práctica social.

Para terminar con la revisión de este argumento, vale la pena tener en cuenta que el mismo Hart considera en el ámbito jurídico una distinción entre los usos de «responsabilidad» a secas (*responsibility*) y sujeción (*liability*) (Hart, 2008[1968], pp. 216-222). Hart argumenta que, si bien en términos abstractos ambas expresiones son equivalentes, cuando se dice que alguien es responsable por sus acciones, por algún acto o daño, se tiene presente algo más reducido que lo que se tiene en mente al atribuir sujeción a una reacción. Más específicamente, continúa Hart, cuando se habla de sujeción, se hace referencia a todas las condiciones que se deben satisfacer para que se justifique una reacción, mientras que cuando se habla de responsabilidad a secas, se hace referencia específicamente a un reducido rango de dichas condiciones e indica específicamente tres tipos: psicológicas o mentales; relativas a la

7 Esto lo lleva a señalar que el hecho de ser humano, tal como el ser habitante del planeta Tierra, es un rol que se cumple y que implica responsabilidades, de las cuales dependería la atribución de sujeción (Duff, 2007, p. 31), pero esto es una clara exageración.

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉS

TWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

conexión causal entre acto y daño; y aquellas relativas a las relaciones personales del individuo responsabilizado.

La distinción no parece del todo clara y su lectura puede dar lugar a dos interpretaciones. La primera es que al discutir que alguien es responsable se debaten solo ciertas temáticas específicas y no todas las que es posible discutir cuando se revisan las condiciones para poder atribuir sujeción a una reacción (esta idea parece ser defendida por Bernard Williams, 1993, capítulo 3; 1997). De esta forma, la atribución de responsabilidad a secas se ve como algo menos abstracto y que refiere solo a los más comunes criterios de atribución en determinado contexto. Según esta interpretación, la atribución de responsabilidad es la más común concretización de las discusiones respecto a la adecuación de atribuir sujeción y por ello, en el día a día, se suele identificar estas prácticas con la noción misma de responsabilidad. En esta línea, Feinberg habla de la existencia de un caso estándar y sus desviaciones (1970, p. 222). En el caso estándar se responsabiliza a un individuo que causa culpablemente un daño, mientras que las desviaciones corresponderían a los tipos de responsabilidad indirecta, estricta y colectiva. El punto importante para la discusión es que para Feinberg el caso estándar es solamente típico y las desviaciones serían genuinas prácticas de atribución de responsabilidad (entendida como *liability*), lo que supone mantener la tesis de la primacía de la sujeción.

La segunda interpretación de la distinción se puede derivar de las siguientes palabras escritas por Hart: «Podemos resumir esta larga discusión acerca de la sujeción a una reacción en el plano jurídico diciendo que, aunque en ciertos contextos generales, la responsabilidad jurídica y la sujeción tienen el mismo significado, decir que un hombre es responsable por algún acto o daño es declarar que su conexión con el acto o el daño es suficiente de acuerdo con el derecho para quedar sujeto a una reacción» (Hart, 2008[1968], p. 222; sobre este punto, véanse Boxer, 2014, pp. 38-40; Larrañaga, 2000, pp. 102-105, 179-189). Esta cita trae a colación la idea de que la sujeción depende de que se puedan realizar ciertas atribuciones correctamente, satisfaciendo diversas condiciones de sujeción, con lo que se reafirma la estructura de doble atribución de sujetar a una reacción. De este modo, a pesar de la distinción entre responsabilidad a secas y responsabilidad-sujeción, el argumento de la asimetría se mantiene intacto para Hart, pues la declaración de alguien como responsable precisamente se define como la satisfacción de ciertas condiciones para sujetar a una reacción, y dichas condiciones estarían vinculadas con los otros sentidos de «responsabilidad».

Cabe recalcar que el argumento de la asimetría se mantiene intacto a pesar de aceptar la distinción, pues Hart sigue señalando que la adecuada atribución de ser factor causal, ejercer un rol o tener ciertas

capacidades son condiciones para sujetar a una reacción, siendo que la declaración de alguien como responsable precisamente se define como la satisfacción de ciertas condiciones para sujetar a una reacción. De hecho, como se verá más adelante, la conexión entre ambos tipos de atribución permite entender, en los diversos contextos, el sentido que se da a las reacciones, generándose una conexión entre, por ejemplo, las condiciones para atribuir responsabilidad penal (o civil o administrativa) y las características propias del castigo penal (o civil o administrativo)⁸. Es más, que estas tres formas de atribución sean las que comúnmente se discutan ayuda a explicar que el uso de términos como «responsabilidad» para expresarlas derive en distintas formas del sentido primario de responsabilidad como sujeción.

II.4. Críticas a la primacía de la sujeción: R.A Duff y John Gardner

La idea de Hart de que el uso de «responsabilidad» como sujeción es el sentido primario ha sido debatida en diversas ocasiones. A continuación, consideraremos la visión crítica de dos influyentes pensadores contemporáneos: John Gardner y Antony Duff.

John Gardner construye su crítica a Hart a partir de la noción de «ser responsable». Específicamente crítica a Hart su comprensión de la atribución de capacidades, lo cual le habría llevado a sobreestimar la importancia relativa de la responsabilidad como sujeción (Gardner, 2012a, p. 171). Para Gardner, en un nivel profundo, la responsabilidad como sujeción debe su importancia a la relación que posee con la responsabilidad como capacidad.

Gardner señala que el elemento central que se considera al hablar de responsabilidad son ciertas habilidades con las que se cuenta por el hecho de ser actor racional, las cuales, al ejercitarse, constituyen la responsabilidad. Para el citado autor, estas capacidades no son conferidas, sino constatadas, por quien responsabiliza. En ese sentido, señala que «a veces atribuimos responsabilidad a una persona en el sentido (“constatativo”) de llegar a la conclusión de que es responsable. A veces atribuimos responsabilidad a una persona en el sentido (“performativo”) alternativo de hacerla responsable: le conferimos responsabilidad mediante el ejercicio de nuestros poderes normativos [...]. La responsabilidad como capacidad, sin embargo, no puede ser conferida» (Gardner, 2012a, pp. 179, 187).

⁸ Si bien no profundizaremos en los detalles de las discusiones en que Hart se detiene, cabe considerar que son especialmente valiosos sus trabajos dedicados a investigar la relaciones entre las diversas formas de hablar de los elementos subjetivos del delito —usualmente vinculados a la acción humana y que se traducen en categorías como «dolo» «intención» y «negligencia» (véase Hart, 2008[1961], 2008[1967])— y la justificación de diversos castigos específicos.

Para el autor, la atribución de sujeción a una reacción siempre considera la existencia de una descripción del sujeto en términos de sus capacidades (Gardner, 2012a, p. 191). Gardner reconoce que en ocasiones se aplican sanciones a quienes no cuentan con estas habilidades o sin prestar atención a ello, para él, en estos casos se construye una ficción acerca de su tenencia de dichas capacidades. Con esta ficción se instruye a quien debe arrogar las consecuencias normativas en una atribución de sujeción para que trate a ciertos agentes que no son básicamente responsables como si lo fueran (p. 179). Esto implica para Gardner defender la tesis (que Hart no sostiene) de que, al atribuirse las capacidades de ser agentes, se atribuye un estatus (moral) y no la constatación (y atribución) de la tenencia de ciertas capacidades por un individuo.

En conclusión, lo central al atribuir responsabilidad es atribuir aquella habilidad de responder por lo que hacemos, de ahí que se puede entender la responsabilidad como una capacidad-de-responder (*response-ability*). Esto conllevaría que la atribución de sujeción no sería independiente de la atribución de capacidades y menos aún primaría en algún sentido relevante.

Por su parte, Duff concentra su estudio en la responsabilidad moral y en el derecho penal y señala que Hart omite en sus trabajos de forma sorprendente el estudio del proceso en que se responsabiliza, lugar donde precisamente se determina la sujeción a la reacción⁹ (Duff, 2008, pp. 146-147).

En este ámbito, para Duff es relevante analizar las relaciones entre responsabilidad como capacidad y responsabilidad como sujeción. Específicamente dice que la primera es precondition de la segunda, esto es, que toda atribución de responsabilidad como sujeción supone, previamente, una de capacidad y su comprobación (o al menos su no impugnación)¹⁰. Para el autor, declarar a alguien responsable por una mala acción es una empresa de dos etapas. La primera es llamar a rendir cuentas (*answerability*) por una acción realizada. Dicha adscripción generaría una presunción para la sujeción a una reacción, dicha presunción se confirma en la segunda etapa, en la que el agente quedaría sujeto a la reacción de otros (Duff, 2009, pp. 980-981). Lo relevante es señalar que la primera etapa es condición necesaria de la segunda y Duff denomina *responsabilidad* solo a la primera.

9 En el texto citado se refiere solo al proceso penal, pero la misma crítica (que Duff no realiza explícitamente) se puede aplicar a la responsabilidad moral considerando las ideas de Duff (2009).

10 El argumento de Duff está relacionado con una distinción entre el tipo de defensas y excusas que se pueden presentar. En la primera etapa se presentan excusas o justificaciones por la acción; en la segunda, explicaciones exculporias (que bloquearían la transición de la primera a la segunda etapa) (2007).

Como se puede observar, la conjunción de estos argumentos deja fuera de lugar la tesis de Hart acerca de la primacía de la atribución de sujeción como el sentido principal de responsabilidad. Debido a que parece ser una idea dominante entre quienes se dedican a estudiar la responsabilidad que esta solo tiene sentido a partir de ciertas capacidades de los individuos, su manifestación por medio de acciones y la atribución de estas (en conjunto con la petición de razones que supone) son lo central de la responsabilidad y no la posibilidad de sujetar a alguien a una reacción, lo cual implica que dicha reacción pase a ser una cuestión secundaria.

II.4.1. Réplica a las críticas: autoría y sujeción

Las críticas de ambos autores pueden entenderse a partir de ciertos supuestos compartidos que determinan su forma de comprender la noción de responsabilidad y las relaciones entre los diversos sentidos identificados. Más específicamente, puede decirse que están de acuerdo en entender la responsabilidad como autoría, incorporando un quinto sentido de responsabilidad no considerado por Hart.

Cuando se habla de autoría, se centra la atención en la idea de que los agentes son capaces de dar cuenta de los cambios realizados por medio de acciones en términos de razones, considerándose como el autor de dichos cambios en el mundo. En adelante, se hablará de autoría para hacer referencia a esta forma de atribución¹¹, considerando la atribución de agencia (i.e. la tenencia de ciertas capacidades) y la de ser factor causal de un evento como condiciones para atribuir la autoría.

Un punto en común entre las propuestas que pugnan con las ideas de Hart es que asumen que la autoría es el sentido primario de responsabilidad. Consecuentemente, si bien no se niega la existencia de responsabilidad como sujeción, sí se niega su primacía y, en lugar de ella, se ubica a la autoría y sus supuestos.

El contraste entre responsabilidad como autoría y responsabilidad como sujeción se puede ver desde el trabajo de J.R. Lucas, quien desarrolla su propuesta sobre la responsabilidad a partir de la atribución de autoría. Lucas, tal como Gardner, señala que responsable es quien tiene la capacidad de responder por sus actos, de modo tal que la capacidad de los individuos desempeña una función fundamental. Cuando se dice que responsabilidad implica *responder*, para Lucas, a lo que se responde es a una pregunta específica: «¿por qué hiciste eso? (*why did you do it?*)». En la posibilidad del interpelado de responder se encuentra la clave de toda atribución de responsabilidad (Lucas, 1993, pp. 4-12), tal como señala Duff. Dicha pregunta supone específicamente tres cuestiones:

11 Si bien este es un sentido extendido de la palabra «autoría», no es el mismo que se emplea en la dogmática del derecho penal.

la interpelación a un sujeto, que en la pregunta en inglés se encuentra explícito en la palabra «you»; la realización de una acción por parte de un sujeto, explicitado en «do»; y una descripción de dicha acción que la califica como algo por lo que debe responderse, expresada en el «it». En este esquema, lo que se adscribe son acciones (en el sentido de que se atribuye autoría) y a lo que se llama, cuando se llama a responder, es a dar razones de ellas. En contraste, en la comprensión de la responsabilidad como sujeción, a lo que se llama es a *cargar* con la responsabilidad (en términos de soportar una reacción), luego de que se le haya adscrito un evento, por lo que se responde *por* algo ante alguien, antes que *a* algo (i.e. una pregunta). Responder supone *cargar con las consecuencias* y no necesariamente *dar razones*.

11.4.2. Autoría como forma de sujeción

De diversas formas, tanto Gardner como Duff suponen la primacía de la autoría. Para el primero, solo tiene sentido hablar de responsabilidad a partir de las capacidades que permiten a los individuos ser autores, para Duff se trata de una cuestión *procedimental* que define a la responsabilidad, pues la reacción supone la previa adscripción de una acción.

Si se revisa con mayor detalle lo que señala Gardner, en oposición a Hart, el primero sostiene que al atribuir capacidades de agencia se reconoce un estatus (ya sea porque dichas capacidades se constatan o se suponen ficticiamente) y no se atribuye simplemente la tenencia de ciertas capacidades por un individuo. Si se sigue la propuesta de Gardner en este punto, no habría dudas de que cada vez que se atribuye responsabilidad como sujeción se habla de capacidades, pues hace coincidir al sujeto reprochable con el agente en términos de sus capacidades, esto es así especialmente cuando se asume que se le ordena al juzgador suponerlas ficticiamente. Pero esto no deja de ser problemático debido a que ya no se puede definir la agencia según las capacidades cognitivas y volitivas del individuo en cuestión, sino en términos de que es alguien que puede quedar sujeto a una reacción. La propuesta fusiona ambos sentidos. De esta forma, parece mejor mantener ambos sentidos separados, como lo hace Hart, y asumir que muchas veces cuando se dice que alguien es responsable en el sentido de responsabilidad como sujeción se presupone que es responsable en el sentido de responsabilidad como autoría, y que en otras ocasiones se prescinde de que lo sea. A pesar de que en la mayoría de los casos que el agente sea responsable en el sentido de que se le pueden atribuir ciertas capacidades es una condición de sujeción, esto dependerá del contexto en que la atribución de responsabilidad se realice y qué se busque con ella, entre otras cosas.

Este tipo de relación podría verse como similar a lo que Gardner denomina la «condición rudimentaria» que se daría entre responsabilidad como

23

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉSTWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

capacidad y responsabilidad como sujeción, donde la primera se ve como una precondition material de la segunda. Para este autor, «[s]e afirma la responsabilidad básica [i.e. como capacidad] de *H*, en otras palabras, imponiendo responsabilidad resultante sobre *H* [...]. Porque imponer responsabilidad resultante [i.e. como sujeción] sobre *H* es afirmar responsabilidad básica sobre *H*, lo cual también es afirmar la humanidad de *H*» (Gardner, 2012a, p. 191). Pero, siguiendo lo dicho hasta acá, dicha conexión es más bien contingente y su fuerza la adquiere de las ideologías reinantes en la modernidad, de ahí que sea mejor no asumirla como una relación interna entre los sentidos, manteniendo la idea de independencia entre la atribución de capacidades y la de sujeción a una reacción. Siguiendo la forma en que Hart propone analizar este tipo de conceptos, vale la pena distinguir entre los elementos de una práctica social y las interpretaciones morales que pueden realizarse de la misma (2008[1968], p. 223).

Por otra parte, Hart señala que una lectura de la capacidad como la propuesta por Gardner puede ser levemente engañosa, pues, tal como Gardner reconoce, para hablar de atribución de responsabilidad como sujeción debemos apelar a consecuencias normativas, cuestión que no es necesaria al hablar de responsabilidad como capacidad, donde nos basta hacer referencia a ciertas condiciones y capacidades (de normalidad) del agente en cuestión (Hart, 2008[1968], p. 223). De hecho, esto último tiene que ver con la idea de Gardner de que, al atribuir responsabilidad como capacidad correctamente, se constatan ciertas características de los individuos, cuestión con la que Hart estaría de acuerdo. Lo que resulta dudoso es que a partir de dicha constatación se siga que se atribuye un estatus moral (del que se siguen, a su vez, las consecuencias normativas propias de la responsabilidad como sujeción); para Hart, esta cuestión debería tratarse con cuidado. La noción de estatus es normativa y supone la interpretación de eventos por medio de normas y no simplemente la constatación de un hecho.

Entonces, aunque usualmente la agencia es condición de sujeción, en algunas ocasiones se prescinde de ella basándose en otros compromisos que se atribuyen al individuo por cierto rol que cumple en la comunidad o sus vínculos con objetos. Consecuentemente, no hay una preeminencia de la atribución de responsabilidad como autoría sobre la atribución de responsabilidad como sanción, en términos de que la primera sea considerada precondition de la segunda.

En cuanto a la propuesta de Duff, se puede replicar que, si bien muchas veces el estar sujeto a contestar en términos de dar explicaciones por las acciones realizadas es precondition para responder de otras formas (e.g. siendo encarcelado), este camino no es necesario. En primer lugar, no siempre se piden explicaciones para sancionar, muchas veces basta con

que se haya realizado una acción o se participe en una actividad que genere ciertos riesgos para que se esté sujeto a una reacción, esto sucede tanto en el ámbito moral como en el jurídico¹². La discusión no siempre está presente en los procesos de responsabilizar, ya sean jurídicos o morales, y muchas veces existe un deber de llevarlos a cabo en ausencia de quien es responsabilizado.

Lo anterior no niega que en muchas ocasiones se responsabilice para poder comprender qué es lo que pasó. Gardner y Lucas señalan que precisamente por eso es central la pregunta «¿por qué hiciste eso?». Al respecto, cabe señalar primero una cuestión metodológica considerada por Hart: es conveniente distinguir entre lo que caracteriza a una práctica y las funciones y finalidades que se le asignan (Hart, 2008[1959], pp. 3-4). De esta forma, al responsabilizar se puede estar buscando realizar muchas otras cuestiones (vengarse, comprender por qué sucedió algo, influir en el comportamiento del responsabilizado o de otros, etcétera) que no definen a la responsabilidad como tal. En segundo lugar, para lograr el fin que Lucas y Gardner proponen, no es necesario responsabilizar a los individuos. Por último, considerando que la atribución de sujeción supone como consecuencia la posibilidad de sancionar, se puede señalar que en esta no siempre importan las razones para actuar del agente que es responsabilizado. Esto no quiere decir que la atribución de responsabilidad como sujeción sea ajena a las razones, pero las razones no van destinadas a explicar una acción, sino a legitimar el juicio que señala a un individuo como sujeto a una reacción.

Para abundar en esta línea de ideas, se puede defender la siguiente tesis opuesta a la defendida por Duff y Gardner: que la atribución de responsabilidad como autoría es un tipo de atribución de responsabilidad como sujeción. Una señal para esto se puede ver en un argumento presentado por Gardner:

El deber de explicar la propia conducta, de ejercer la aptitud propia de un agente básicamente responsable, puede ser una de las consecuencias normativas del acto incorrecto que se comete. En cierta forma, como sugiere Lucas, esa es la consecuencia normativa más natural de todas, porque le confiere prominencia normativa a una acción que los seres humanos, por su naturaleza, están inclinados a adoptar (2012a, p. 183)¹³.

¹² Por otra parte, se puede pensar en instituciones como el derecho a guardar silencio: al ser un derecho subjetivo, supone la posibilidad (normativa) de quien es responsabilizado de ofrecer o no excusas. En este sentido, no se trata de una negación de responder en términos de dar razones (*answerability*). Lo que se desea resaltar acá es que jueces y fiscales (y la comunidad completa donde dicho derecho se consagra) deben poder desarrollar el proceso penal sin que el individuo responda en términos de autoría, lo cual es suficiente para decir que señalar a la autoría como una precondition de la sujeción a una reacción es irreal.

¹³ Asimismo, Gardner señala lo siguiente: «De manera que preguntar “¿por qué hiciste eso?” (cuando se lo hace con la expectativa de recibir una respuesta justificatoria o excusatoria) es la reacción adecuada y usual al ser derribado por otro ser humano» (2012a, p. 173).

Si se piensa en detalle en los casos considerados por Gardner (aquellos en que la explicación de la propia conducta es la consecuencia normativa), puede entenderse que la sujeción presente es precisamente la obligación de dar una explicación. Así, la pregunta «¿por qué hiciste eso?» se puede entender como una reacción ante una acción, en el sentido de que, en ciertos casos, algunas personas quedan legítimamente sujetas a que se les pidan razones.

Existen hechos que apoyan esta idea. En primer lugar, no siempre toda persona está legitimada para preguntar a otros por las razones que explican su actuar. En este sentido, se trata de una sujeción como otras que, para ser legítima, requiere de estar habilitado para sujetar a otro. En segundo lugar, no siempre la reacción (adecuada o que realmente se realiza) ante las acciones consiste en preguntar por las razones de estas, es más, muchas veces pedir explicaciones no se considera una reacción correcta o se la considera vana. De esta forma, pedir razones es un tipo de reacción a la que se sujeta a un individuo en ciertos contextos, pero es una entre varias. Así, se puede ver que la atribución de responsabilidad como autoría es una forma de atribución de responsabilidad como sujeción. Más específicamente, la atribución de responsabilidad como autoría podría entenderse como un caso de responsabilidad directa y subjetiva.

A partir de lo visto, se puede concluir que en las prácticas de atribución de responsabilidad no solo se encuentran diversos criterios utilizados para imputar un hecho a una persona (e.g. ser factor causal, ejercer un rol), sino que las reacciones a las que se sujeta a quienes son responsables también pueden ser muy variadas (e.g. exigir explicaciones, obligar a pagar una indemnización). Ambas cuestiones se unen en la estructura de doble atribución que se identifica en la responsabilidad como sujeción. Una de las reacciones a las que Hart dedica especial atención en la obra acá revisada, y que forma parte de su título, es el castigo penal. Las siguientes páginas se dedicarán a la forma en que Hart propone estudiarlo.

III. CASTIGO JURÍDICO-PENAL

III.1. El análisis sobre el castigo

El análisis de la responsabilidad como sujeción nos permite ahora explorar la sujeción a una consecuencia jurídica específica que tiene un papel central en nuestras sociedades: el castigo jurídico-penal. El tratamiento de la cuestión en el trabajo del autor es de tipo analítico, puesto que intenta esclarecer la cuestión, partiendo del análisis conceptual de la noción de castigo. Sin embargo, Hart es consciente de que aquello que más nos preocupa sobre el castigo se refiere a su dimensión práctica, esto es, a su justificación moral. Como problema de ética práctica, el

25

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉS

TWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

autor se ocupa, por una parte, de reflexionar sobre la justificación moral de un tipo de sanción especialmente dañina y, por otro, del marco de adscripción de responsabilidad penal como espacio de legitimación de la aplicación del castigo por parte de la autoridad penal.

Se debe agregar que, como mencionábamos al inicio de este trabajo, la reflexión vinculada a la tesis de la primacía de la sujeción tiene una conexión central con las tesis que se pueden defender respecto a la justificación de reacciones específicas, como el castigo jurídico-penal al que Hart dedica parte importante de su obra. La responsabilidad como sujeción tiene que ver con el castigo no solo en tanto consecuencia jurídica que se activa con la adscripción de un ilícito a una persona, sino que supone la posibilidad de investigar una conexión más fuerte entre los dos tipos de imputación que se identifican en su estructura. Dicha conexión se puede explicar señalando que se sujeta a una reacción a alguien *porque* se le ha adscrito una incorrección *correctamente* (esto conlleva, por ejemplo, la posibilidad de hablar de un castigo *merecido* en muchos contextos), y que, cuando se adscribe un evento a una persona, se hace precisamente pensando en la posibilidad de castigarle por ello (así, por ejemplo, se puede entender que una acusación busca precisamente un veredicto específico por parte de un juez o jurado y no simplemente vincular un evento con una persona). En este orden de ideas, estudiar un castigo específico no es ajeno a estudiar las condiciones de sujeción que justifican su aplicación, lo cual supone la necesidad de reflexionar sobre dichas relaciones tanto en abstracto como en concreto. El trabajo de Hart permite abordar algunos problemas de análisis, pero también de justificación en la asignación de responsabilidad penal.

Las incursiones de Hart en la filosofía del derecho penal se enmarcan en un clima de cuestionamientos que rodeaban a las prácticas penales de la época¹⁴. Este autor fue testigo del deterioro de la legitimación del derecho penal e intentó contenerlo, motivando la discusión crítica sobre instituciones penales controvertidas. Su pensamiento penal se encuentra expuesto, principalmente, en tres obras: *Law, Liberty and Morality* (1963), *The Morality of the Criminal Law* (1965)¹⁵ y, especialmente, en

14 Algunos acontecimientos que determinaron el panorama aludido en el derecho penal inglés son los siguientes: (1) el reporte previo a *The Homicide Act* (1957) dio lugar a un gran debate en torno a la idoneidad de la pena de muerte; (2) la reforma a las *M'Naghten rules* incluyó la categoría de responsabilidad disminuida entre las condiciones mentales relevantes para la determinación de la responsabilidad penal, esto propició que diversos autores intentaran precisar dicha categoría; (3) el avance científico sobre trastornos y enfermedades físicas y mentales que afectan al ser humano obligó a repensar la forma de entender la conducta voluntaria; (4) el aumento de las dudas sobre la efectividad de las penas en el combate al delito propició el auge del escepticismo en torno al castigo y la posibilidad de ser responsable; (5) el derecho, en general, fue objeto de profundos interrogantes, los cuales, inevitablemente, también afectaron el ámbito penal.

15 Esta obra contiene el texto de dos conferencias ofrecidas por Hart en la Hebrew University of Jerusalem. El primero de ellos es «Changing Conceptions of Responsibility», el cual fue posteriormente incluido en *Punishment and Responsibility*; el segundo es «The Enforcement of Morals», el cual quedó mejor desarrollado en su obra *Law, Liberty and Morality*.

Punishment and Responsibility. En esta última obra se abordan diversas temáticas que, aunque no son exclusivas de la filosofía del derecho penal, están interrelacionadas con la misma —muestra de ello es el tema de la responsabilidad revisado en la primera parte de este trabajo—. En lo que sigue, se abordará específicamente el tema de la justificación del castigo.

Sobre esta cuestión, uno de sus artículos más esclarecedores y que mayores repercusiones ha tenido es «Prolegomenon to the Principles of Punishment», publicado originalmente en 1959. En este trabajo, Hart pone de manifiesto la necesidad de realizar un análisis sobre el castigo —el cual, en realidad, vendría a ser una reflexión más profunda sobre los fundamentos mismos del derecho penal—, con la finalidad de aportar claridad y de dar cuenta de la complejidad de nuestras prácticas punitivas.

Una de las características centrales del trabajo de Hart en torno al castigo es la sistematización de los distintos elementos involucrados, así como el combate a aquellos *falsos dilemas* que, en su opinión, lejos de incentivar la discusión, la estancan. Así, el primer paso decisivo de Hart es evitar posicionarse dentro de la oposición tradicional entre retribucionismo y prevenciónismo, en un intento por restar importancia a la supuesta disyuntiva y poder explorar de forma independiente los distintos argumentos que estas teorías defienden con relación al fundamento del castigo jurídico penal. Hart subraya que, aunque la tendencia doctrinaria indujera a buscar y encontrar el valor único capaz de guiar y justificar toda la práctica del castigo de forma satisfactoria, su propósito inicial no consiste en pronunciarse sobre dicha disputa, defendiendo alguno de esos valores (la retribución, la disuasión, la rehabilitación u otro). Es necesaria la constatación de que diferentes principios son relevantes en diferentes puntos en cualquier consideración moralmente aceptable del castigo (Hart, 2008[1959], p. 3). Así, el propósito de Hart es mostrar que esos valores tan comúnmente asociados al castigo, en realidad, no están en disputa en el mismo nivel y respecto del mismo objeto, sino que responden a problemas distintos.

III.2. Segunda tesis de Hart: la tesis del carácter mixto de la justificación del castigo

El castigo penal se refiere a una institución compleja constituida por normas jurídicas, instituciones y prácticas de diverso tipo. Para dar cuenta de esas dificultades, Hart sugiere diferenciar tres grandes cuestiones: la definición, el fin general justificativo del castigo y la distribución de este, involucrando cuestiones de título y de cantidad¹⁶.

16 Para explicar lo anterior, Hart alude a una analogía entre el concepto de castigo y el de propiedad, en el sentido de que ambos se refieren a instituciones sociales con una estructura de reglas jurídicas, ligadas a ciertas prácticas similares que tienen lugar en otros contextos como la familia o la escuela;

27

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉS

TWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

A continuación, nos limitaremos a dar cuenta de las líneas centrales de la distinción propuesta.

Acerca de las cuestiones de definición, Hart propone un *caso central o estándar* de castigo compuesto por cinco elementos¹⁷: (1) debe involucrar dolor u otras consecuencias normalmente consideradas no placenteras o desagradables; (2) tiene que ser infligido con motivo de una transgresión (por lo menos de una supuesta transgresión) a reglas jurídicas; (3) tiene que ser aplicado a un infractor (o a quien se suponga infractor) por su transgresión; (4) tiene que ser administrado intencionalmente por seres humanos distintos del delincuente; (5) debe ser impuesto y administrado por una autoridad constituida por el sistema jurídico en contra del cual se cometió la transgresión¹⁸. Teniendo esto en consideración, a continuación, nos centraremos en su tesis acerca de la justificación del castigo.

Respecto al fin general justificativo del castigo, la postura defendida por el autor es, en principio, de tipo consecuencialista, teniendo como antecedente el pensamiento de Bentham¹⁹. Hart sostiene que solo la capacidad para prevenir el daño ocasionado por los delitos puede justificar la existencia y conservación de una práctica como la del castigo. A diferencia de las tesis retribucionistas que defienden la existencia de algo intrínsecamente valioso en la aplicación del sufrimiento merecido, para Hart el castigo siempre debe ser considerado un mal, un coste que únicamente puede aceptarse si el beneficio obtenido es considerablemente superior al mal que entraña. Para sostener lo contrario sería necesario demostrar que hay algo bueno —independiente a los beneficios sociales— en la idea de que la suma de dos males da como resultado un bien. Asimismo, lo anterior implica el compromiso de demostrar empíricamente que el castigo es capaz de prevenir y disminuir la incidencia del crimen o, al menos, que su

al tratarse de instituciones sociales tan complejas, hay que distinguir como preguntas distintas la definición, fin general justificativo y distribución.

17 Es preciso señalar que la definición propuesta no fue originalmente ideada por Hart; la versión original fue propuesta por Antony Flew (1954). Hart reconoció también la influencia de S.I. Benn (1958).

18 Asimismo, Hart agrega algunas otras posibilidades como casos sub-estándar o secundarios de la expresión. En particular: a) castigos por infracciones de reglas jurídicas impuestas o administradas por personas distintas de los funcionarios (sanciones descentralizadas); b) castigos por infracciones a reglas u órdenes no jurídicos (castigos en una familia o escuela); c) castigos indirectos o colectivos a algún miembro de un grupo social por sanciones hechas por otros sin la previa autorización, estímulo, control o permiso; y d) castigo de personas —distintas de las incluidas en (c)— que no son ni de hecho ni supuestamente transgresores (Hart, 1959/2008, p. 5).

19 Por supuesto, la influencia más directa proviene de la postura consecuencialista general del autor, pero también, particularmente, de su obra penal. Muchos de los escritos tempranos de Bentham en materia penal no fueron publicados hasta que Étienne Dumont hiciera una versión para su publicación que posteriormente se difundió. En inglés esta obra se tituló *The rationale of Punishment* (1830). La obra de Bentham en la que el autor se ocupa con detalle de las consideraciones en torno al castigo es *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, publicada por primera vez en 1789.

existencia en nuestros ordenamientos jurídicos implica una diferencia significativa.

El consecuencialismo defendido por Hart, sin embargo, es un *consecuencialismo cualificado* que reconoce la necesidad de evitar ciertos excesos —por ejemplo, admitir el castigo de un inocente por sus posibles beneficios sociales—. En este orden de ideas, Hart advierte que es necesario atender a razones morales de tipo no-consecuencialista (deontológico) para limitar la búsqueda del fin general. Estas corresponderían, sin embargo, a otro nivel de reflexión sobre el castigo; ya no estaremos en el nivel de reflexión sobre el fin general justificativo de la institución, sino en la reflexión acerca de aquello que justifica la aplicación de un castigo a un individuo concreto (la distribución).

La distribución de castigos, entonces, debe incluir, necesariamente, principios no-consecuencialistas; solo puede castigarse a un individuo si este ha cometido voluntariamente una transgresión a las normas jurídicas (*retribución en la distribución*). Limitar la búsqueda del fin general justificativo atiende a una base moral distinta en la que no solo importan las consecuencias, sino también aquellas condiciones que hacen justa la aplicación del castigo, siendo la condición básica que el individuo al que se pretende castigar, en efecto, haya transgredido la ley de manera voluntaria (Hart, 1958a, p. 80). De esta forma, Hart considera que es posible, sin caer en incoherencias, defender un fin general consecuencialista limitado por la retribución en la distribución.

Dentro de este nivel, hay que tomar en cuenta las *cuestiones de título* y las *cuestiones de cantidad*. Las primeras se refieren a *quién puede ser castigado*, cuya respuesta es que solo puede castigarse a aquel a quien pueda atribuirse correctamente la transgresión de una norma²⁰, mientras que las segundas se refieren a la cantidad de castigo que debe recibir una persona, las cuales exigen la combinación de principios prevenciónistas y retribucionistas²¹.

20 En contextos específicos de asignación de responsabilidad penal, las cuestiones de título limitan que pretenda castigarse a alguien basándose solo en los posibles beneficios que puedan obtenerse al desatender esta restricción. El que alguien sea considerado culpable implica que ha actuado con voluntad, sin poder alegar que esté siendo utilizado como un medio. La voluntariedad de la conducta permite, entre otras condiciones, afirmar que el individuo es sancionable, puesto que expresa una exigencia de justicia independiente y no deducible del consecuencialismo. Esta idea básica de ser sancionable solo en función de actos voluntarios se relaciona estrechamente con la idea de que ser responsable penalmente puede explicarse en términos negativos como la ausencia de alguna causa de justificación o de excusa (véase Hart, 1965[1949], 2008[1960]). En este sentido, Hart realiza un análisis muy interesante sobre las justificaciones, las excusas y las atenuantes en el que no profundizaremos (véase Hart, 2008[1959], pp. 14ss., 2008[1958b], 2008[1967]).

21 Una vez que se ha determinado que una persona es sancionable y que, por tanto, su acto no cae en ningún supuesto de justificación o excusa, es necesario decidir la cantidad de castigo que dicha persona recibirá. Para este paso, Hart indica que deberíamos volver a atender al fin general justificativo, ya que el consecuencialismo fija límites a la cuantía del castigo como, por ejemplo, que una pena no puede implicar más sufrimiento del que ha sido provocado por la infracción; que deben rechazarse aquellos castigos cuya severidad resulte inútil; o que debe ofrecerse al delincuente potencial el incentivo de que hay una menor penalidad por cometer un daño menor, para que esto pueda contribuir a que no realice el daño mayor. Tener en cuenta límites como los anteriores supone

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉS

TWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

El análisis de Hart pone de manifiesto dos niveles presentes en la discusión sobre el castigo, cuya distinción tiene el potencial de evitar frecuentes confusiones: el nivel de la práctica en general y el nivel de su aplicación²². Con esta (aparentemente simple) distinción, Hart da cuenta de la complejidad de la pena, considerando, por una parte, la institución en general, la finalidad que persigue y la necesidad de limitar y complementar esa finalidad; y, por otra parte, los principios que deben regir la distribución de castigos a individuos concretos. Debido a que se trata de espacios interrelacionados, pero distintos entre sí, buscar un único principio que resulte satisfactorio en ambos niveles de reflexión es un error que se ha alentado con la idea de que existe un dilema del cual, necesariamente, hay que tomar parte.

III.3. Críticas a la tesis del carácter mixto de la justificación del castigo

Los artículos compilados en *Punishment and Responsibility* han tenido una enorme repercusión en la discusión de estos temas y, dada la gran atención que han recibido, es fácil suponer que las críticas a las propuestas de Hart han sido abundantes. Por ello, en lo que sigue se abordarán algunas críticas dirigidas, centralmente, a las ideas contenidas en el artículo «Prolegomenon to the Principles of Punishment». Los criterios para esta selección se basan, principalmente, en dos aspectos: por un lado, la calidad de la crítica y, por el otro, la atención que esta y, sobre todo su emisor, ha recibido en el mundo académico. En este trabajo nos referiremos en especial a lo dicho por Michael S. Moore, John Gardner y Douglas Husak al respecto. Debido a que estas críticas se refieren a aspectos distintos del trabajo de Hart, a diferencia de la metodología de la primera parte de este trabajo que permitía hacer una réplica conjunta, aquí las réplicas se incluirán a continuación de la respectiva crítica.

III.3.1. Contexto y discusión con Michael S. Moore

Cuando Hart plantea su propuesta de análisis y determina que el fin general justificativo del castigo debe ser, necesariamente, consecuencialista —y no retribucionista—, se basa, principalmente, en los argumentos del modelo tradicional del retribucionismo; esto provocó numerosas críticas. De hecho, en el posfacio a *Punishment and Responsibility*, Hart reconoce haberse basado en un modelo de *retribucionismo crudo*²³, y que esto había provocado una reducción

no fijar la cantidad de castigo tomando como base la maldad moral, esto es, no hacer distinciones entre casos iguales porque nos parezca que un individuo moralmente merece un castigo más estricto.

²² Esta distinción, coincide con la expuesta por John Rawls (1955), quien alude a la importancia de distinguir entre justificar una práctica y justificar una acción particular que cae dentro de ella. También S.I. Benn (1958, p. 325) señala la misma distinción.

²³ Este modelo, tal y como lo presenta Hart, implica al menos tres elementos: (1) afirma que una persona puede ser castigada si y solo si ha hecho voluntariamente algo moralmente incorrecto; (2) afirma que ese castigo debe ser en alguna forma equivalente a la maldad de la ofensa; y (3) afirma que la justificación para el castigo de un hombre bajo estas condiciones es la retribución del sufrimiento por

de la variedad y complejidad de la noción de retribución en su obra. Atendiendo a lo anterior, en el citado texto aborda algunas variantes de ese modelo tradicional, sin que esto provocara modificaciones a su postura, ya que considera que estas variantes conservan un principio fundamental que le parecía inadmisibles: el sufrimiento merecido es aquello que determina el castigo. Hart sostiene que la culpabilidad es importante como guía en la determinación de un castigo justo, pero que, sin embargo, no nos autoriza, por sí sola, a infligir sufrimiento a otros; este sufrimiento, aunque llegue a estar justificado, siempre debe contar como un mal que se tolera en virtud de un objetivo superior.

Tradicionalmente, al igual que se toma un modelo de justificación clásico del prevencionismo para atacar sus debilidades, también se ha hablado de un modelo de retribucionismo «clásico»²⁴. No obstante, desde mediados del siglo XX, en Estados Unidos e Inglaterra se incrementó el interés por la discusión en torno a la pena y, conjuntamente, esta atención renovada llevó a los autores a explorar la postura que, hasta ese momento, había sido la más desacreditada: el retribucionismo²⁵. Desde entonces, el interés por examinar sus principales elementos ha dado lugar a innumerables estudios que defienden la perspectiva retribucionista como justificación última del castigo.

Michael S. Moore es, sin duda, uno de los autores más representativos del auge del retribucionismo, apoyando esta postura e intentando precisar la manera correcta en que debe ser entendida. Moore identifica varias ideas que deben revisarse y corregirse, por ejemplo: a) el retribucionismo, erróneamente, suele ser identificado con una *medida de castigo* —como la ley del talión (ojo por ojo)— o con un *tipo de castigo* —como la pena de muerte—; b) no es una postura que se defina por sostener que solo los culpables deben ser castigados, sino por señalar que el merecimiento moral (*moral desert*) es una razón necesaria y suficiente para castigar; c) no defiende que el castigo pretenda satisfacer el deseo de venganza de las víctimas, ya que se puede justificar el castigo de alguien que lo merece, incluso cuando las víctimas sean indiferentes o se opongan a castigar a quienes las han dañado; d) tampoco mantiene que las preferencias de

el mal moral voluntariamente hecho, como algo que en sí mismo es justo o moralmente bueno (Hart, 2008[1968], p. 231).

24 Jerónimo Betegón, por ejemplo, señala como características propias de este modelo las siguientes: (1) la única razón moralmente aceptable para castigar a una persona consiste en que haya cometido una transgresión, entendiéndose con ello que (1.1.) la culpabilidad moral del agente ofensor es una condición necesaria de un castigo justificado; y que (1.2.) la culpabilidad moral del agente ofensor es condición suficiente de un castigo justificado; (2) la única razón moralmente aceptable para castigar a una persona de una determinada manera y con una determinada intensidad está en que el castigo sea igual a la ofensa (1992, p. 115).

25 A partir de la obra de Beccaria (1968[1764]), el prevencionismo ganó terreno en las dos principales tradiciones jurídicas del mundo. El retribucionismo fue relacionado con una forma de castigar poco civilizada que se regía por la venganza y la arbitrariedad, así como con castigos demasiado severos. Es posible sostener que, por lo menos en el sistema continental europeo, la carga valorativa negativa hacia las tesis retribucionistas no ha desaparecido.

todos los ciudadanos (no solo de las víctimas) deban quedar satisfechas por medio del castigo; e) no sostiene que el castigo esté justificado porque sin él los ciudadanos vengativos intentarían hacer justicia con sus propias manos; f) tampoco debe confundirse con las llamadas «teorías denunciatorias del castigo», las cuales señalan a este como el vehículo de expresión de la condena social hacia la conducta del transgresor; g) tampoco debe ser confundido con una teoría de la justicia formal. Moore concluye que, de acuerdo con la teoría retribucionista bien entendida, existe una justificación para castigar *porque y solo porque* los transgresores lo merecen²⁶. La responsabilidad moral respecto a un acto violatorio de normas determina que un individuo merece un castigo y esto es suficiente para dar lugar al derecho a castigar y al deber de castigar (Moore, 1997, pp. 88-91). Moore sostiene que esta teoría es la única que puede ser aceptada como justificación moral satisfactoria del castigo: se castiga a los transgresores *porque y solo porque* merecen ser castigados. Aunque esto pueda dar lugar a algunas consecuencias positivas como la prevención, la unión de la sociedad o la atención a las víctimas, se trata de cuestiones que, aunque deseables, son adicionales al castigo y no forman parte de la fundamentación de la institución. Como Moore, los defensores de este renovado retribucionismo han tenido que hacer frente a nuevas propuestas que optan por conjugar elementos de las teorías retribucionistas y preventivistas.

En este sentido, Moore apunta que hay dos teorías mixtas lógicamente posibles, aunque, en general, solo una de ellas suele ser defendida. La primera posibilidad consiste en una teoría que sostenga que el castigo está justificado si y solo si a través de este se logra un beneficio social y si, además, solo se aplica a los transgresores que lo merezcan; así, estos dos factores son importantes, pero solamente juntos pueden ser condición suficiente para la justificación del castigo. La segunda posibilidad consiste en una teoría que mantenga que el castigo está justificado si y solo si se logra un beneficio social o, en su caso, si y solo si se aplica a quienes lo merezcan; esta segunda posibilidad no suele ser defendida como teoría. El primer tipo de teoría mixta —en la que encajaría la propuesta de Hart— tiene dos versiones. La primera sostiene que no castigamos a los individuos *porque* lo merecen, sino que el merecimiento sirve como límite del castigo. Por tanto, castigamos *porque* a través del castigo se obtienen beneficios sociales valiosos, pero únicamente infligimos el castigo a aquellos individuos que lo merezcan. La segunda versión afirma que castigamos a los individuos *porque* lo merecen, pero que hay un límite consistente en que a través de su castigo puedan alcanzarse

²⁶ Moore también intenta resolver algunas ambigüedades que existen en torno al retribucionismo e indica lo siguiente: (1) el castigo está justificado si se aplica a quien lo merece (es una condición suficiente); (2) los funcionarios poseen el deber de castigar a los delincuentes que lo merezcan y los ciudadanos el deber de apoyar a las instituciones en ello; (3) la institución en general se justifica por infligir castigos merecidos y cada castigo particular también se justifica por ser merecido (1997, p. 154).

beneficios sociales como la prevención (Moore, 1997, p. 93). Moore opina que la única diferencia entre estas versiones es la motivación, ya que no son sustancialmente distintas si justifican el mismo tipo de tratamiento para todos los casos.

El rechazo de Moore hacia cualquiera de las versiones de la teoría mixta se basa en que no evitan los defectos que cada teoría, por sí misma, posee. Moore afirma que una combinación de elementos retribucionistas y prevencionistas está condenada al fracaso porque nos conduce a un estado general de confusión.

Las anteriores explicaciones, no obstante, no parecen ser genuinas razones para descartar la admisión de una teoría mixta. En primer lugar, reconocer que las teorías «puras» poseen ciertos defectos que serían adquiridos por la teoría mixta no explica por qué el optar por una de las anteriores eliminaría dichos defectos. En segundo lugar, tampoco se explica por qué ese supuesto estado de confusión al que nos conducirían las teorías mixtas sería peor que la insatisfacción de tener que asumir alguna de las otras opciones. Junto con lo anterior, podríamos señalar también que las aclaraciones de Moore sobre el retribucionismo no desvanecen la principal objeción hacia esta posición, hacia la idea de que el merecimiento es una razón suficiente para castigar.

De ser cierto que cualquier teoría mixta tiene que lidiar con dos grupos de defectos —esto es, que únicamente se duplican los defectos a atender—, la única defensa del retribucionismo, en este sentido, sería de tipo cuantitativo, puesto que solo habría que atender a un grupo de objeciones y no a dos. Esta supuesta razón a favor del retribucionismo no repara en que, precisamente, uno de los argumentos a favor de las teorías mixtas es que la combinación —no arbitraria— de razones consecuencialistas y deontológicas permite compensar los defectos más importantes de ambas teorías: básicamente, la posibilidad de castigar a un inocente —el exceso más llamativo del prevencionismo— y que la única guía para castigar sea la maldad de las personas —el exceso más señalado del retribucionismo—.

Ted Honderich advierte que la postura retribucionista —incluso en una versión más concienzuda como la de Moore— deja sin respuestas algunas cuestiones que, tal como indican los propios retribucionistas, son fundamentales para cualquier teoría sobre el castigo: el merecimiento no explica por qué hay alguien autorizado a imponer sufrimiento, por qué los legisladores fijan tales conductas como delitos o por qué los jueces condenan de determinada forma. Por el contrario, el merecimiento parece explicar solamente por qué imponemos un castigo a alguien que ha transgredido una norma. Si el merecimiento no es una noción apta para dar respuesta a todas las cuestiones mencionadas, entonces no puede ser considerado como condición suficiente para justificar la

33

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉSTWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

institución en su conjunto. Unido a lo anterior, Honderich advierte que es necesario determinar con cierta precisión lo que significa afirmar que un individuo merece una pena, puesto que no hay claridad respecto al sentido de la expresión (de hecho, Honderich, 2006, identifica quince sentidos diferentes de merecimiento).

La teoría retribucionista por sí sola no parece proveer de una justificación satisfactoria al castigo; sin embargo, de esto no se deriva que el elemento retributivo deba ser descartado, ya que constituye un requisito de justicia indispensable en la búsqueda de una pena justa. Así, la teoría mixta esbozada por Hart reivindica el elemento retributivo en la distribución del castigo, aunque siempre relacionado con el objetivo de prevención del daño entre los individuos de una sociedad.

III.3.2. La crítica de John Gardner

Un completo análisis de la concepción del castigo de Hart ha sido realizado por John Gardner. Dicho autor plantea diversas críticas que lo llevan a concluir que la propuesta de Hart no puede ser considerada una verdadera teoría sobre la fundamentación del castigo.

Gardner hace una revisión de la propuesta de Hart en la introducción de la segunda edición de *Punishment and Responsibility*, en la cual destaca la intención del autor por mostrar, en general, que el castigo es una práctica con grandes costos que requieren ser compensados por medio de la obtención de grandes beneficios. Esta cuestión, aparentemente simple, se complica cuando se intenta determinar aquello que cuenta como beneficio, lo cual, en el caso de Hart, sería la reducción de delitos en el futuro. Hart asume el presupuesto de que el castigo es siempre un mal, un costo que no puede contar como beneficio, por lo que le parece desafortunada la tesis que sostiene la existencia de algo intrínsecamente valioso en el sufrimiento involucrado en el castigo.

Gardner considera, sin embargo, que Hart tiene una deficiente comprensión del retribucionismo. Muestra de ello sería que el autor identificara la perspectiva de mirar hacia el pasado con esta postura, cuando, en realidad, todas las justificaciones del castigo miran hacia el futuro en el sentido de que pretenden explicar cómo la práctica en cuestión promete hacer del mundo un lugar mejor o, al menos, evitar que empeore. Lo que vendría a caracterizar la perspectiva retribucionista no es mirar hacia el pasado o hacia el futuro, sino la identificación de algo intrínsecamente valioso en cierto tipo de sufrimiento: el que es merecido (Gardner, 2008, p. XV). Teniendo en cuenta lo anterior, el retribucionismo mira hacia el pasado para buscar aquello que hace que el sufrimiento sea merecido, pero también mira hacia el futuro porque el sufrimiento merecido constituye un bien que pretende alcanzarse. El desacuerdo real estaría, entonces, en aquello que cuenta como relevante bien futuro. Y, en el caso de Hart, queda claro que ese bien

futuro es el fin general preventivo —aunque siga siendo necesario mirar hacia el pasado para asegurarse de que no se castiga a un inocente—. Gardner no pasa por alto que el rechazo de Hart por el retribucionismo no radica en lo anterior, sino en considerar que cualquier práctica del castigo que tenga como fin justificativo el merecimiento sería inmoral, porque el sufrimiento —independientemente de si es merecido o no— es siempre y solo puede ser un mal (Gardner, 2008, p. XVII).

Lo anterior es señalado por Gardner para plantear una crítica más amplia sobre un aspecto central de la práctica punitiva, esto es, la relevancia moral de la distinción entre culpable e inocente. Así, Gardner afirma que Hart no logra explicar por qué esta distinción es significativa en el uso del castigo. Hart explica claramente la necesidad de que un individuo sea culpable de una transgresión jurídica para ser castigado, pero rechaza que lo anterior determinara el valor o desvalor del sufrimiento presente en el castigo. En opinión de Gardner, si bien Hart reconoce la conveniencia de una práctica que tenga en cuenta esta diferencia —ser culpable o inocente— al infligir sufrimiento, pretende que dicha distinción quedara esclarecida a través de la relación instrumental entre el castigo y la prevención de delitos futuros y de la insistencia en la necesidad de proteger al inocente, lo cual no sería una respuesta moral convincente.

Tal y como se revisó antes, la justificación del castigo en la teoría de Hart plantea que deben tomarse en cuenta, al menos, dos niveles de reflexión. Hart precisa que el fin general justificativo consiste en la prevención social de daños futuros, pero que tal fin debe estar limitado por la culpabilidad, excluyendo así la aplicación de castigos a inocentes. Al castigar a un inocente por razones de utilidad, se sacrifica algo que es cualitativamente distinto, puesto que el inocente no ha transgredido norma alguna y, por tanto, su sufrimiento no es susceptible de contar en un cálculo de beneficios sociales. Así, la culpabilidad es un presupuesto necesario para la imposición de una pena, puesto que permite que el castigo cumpla su función de método de control social, maximizando la libertad de los individuos dentro del marco coercitivo del derecho. De esta forma, la perspectiva consecuencialista propia del fin general se complementa. Aun así, Gardner insiste en que Hart no logró mostrar la relevancia moral de la culpabilidad. Solo demostró que el castigo penal está orientado a un fin general justificativo, mientras que, simultáneamente, su principal regla de distribución está orientada hacia la maximización de la libertad, sin percatarse de que las dos pueden estar en desacuerdo (2008, p. XXII).

De esta forma, Gardner sostiene que la propuesta de Hart adolece de un gran defecto, ya que deja sin explicación una de las características centrales de cualquier teoría sobre la fundamentación del castigo.

35

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉSTWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

Aunque Hart insista en mantener la distinción entre culpable e inocente, no explica claramente por qué la culpabilidad constituye una razón a favor de castigar. Aunque Gardner no es un defensor del retribucionismo, sí considera que moral y lógicamente la culpabilidad es una razón a favor de infligir sufrimiento y no solo un límite al fin consecuencialista de la pena. En definitiva, Gardner opina que ese ingrediente retributivo debería formar parte del fin general justificativo y no solo ser importante al momento de la distribución (2008, p. XXIX).

Para Gardner, la propuesta de Hart sería insuficiente también por otro motivo: aunque su propuesta consiste en una serie de buenos argumentos morales, aquellos referidos al problema del castigo y de la culpabilidad son insuficientes. Hart se centra en consideraciones morales referidas al diseño de instituciones públicas y reglas jurídicas y, por tanto, solo da argumentos sobre cierta moralidad: la moral oficial (2008, p. XLVIII). Así, tomar el castigo jurídico como caso estándar del castigo condiciona, en un sentido negativo, todas las reflexiones de Hart, impidiéndole percatarse de una perspectiva moral más amplia y desatendiendo el papel real del castigo en nuestras sociedades.

Gardner considera que la propuesta del autor es incompleta por estar restringida al campo del derecho, puesto que, basándose en un contexto autoritativo, da por hecho algunas de las cuestiones fundamentales que toda teoría sobre el castigo debe intentar responder, especialmente: «¿A quién le corresponde castigar? (*Who is to do the punishment?*)» (2008, p. LII). Hart no ofrece respuesta a esta cuestión porque, de acuerdo con su enfoque, la respuesta se encuentra dada por la naturaleza del castigo; sin embargo, es necesario fundamentar la legitimidad del derecho para castigar. Según Gardner, Hart relega el castigo no jurídico al caso secundario o sub-estándar, sin dar argumentos morales a favor de la legitimidad del derecho para castigar y sin dar una respuesta a la cuestión de por qué debemos castigar a los delincuentes (2008, pp. LII-LIII).

De esta amplia crítica, consideramos que hay algunos puntos fuertes y otros débiles que es conveniente discutir. En primer lugar, es oportuno resaltar que Hart no fue un autor centrado en el tema del castigo en general; además, desde las primeras páginas de su libro manifiesta que su pretensión al reflexionar sobre el tema es redefinir los términos de la discusión en el terreno jurídico. Esto también explicaría que sus reflexiones sean meramente una base para la crítica y la discusión, y no una teoría completa sobre el tema.

En segundo lugar, es posible afirmar que hay algunas imprecisiones o, por lo menos, exageraciones, en las críticas de John Gardner. Por una parte, parece que subyace en el autor la equivocada idea de que Hart pretende establecer un orden jerárquico entre ciertos elementos. Gardner asume que, al indicar que el elemento retribucionista debe ser relevante en

37

la pregunta particular y no en la general, Hart relega los argumentos morales de tipo deontológico a un segundo término. Sin embargo, como hemos visto, al plantear la cuestión en niveles, Hart no pretende establecer que una teoría sea superior a otra, sino que ambas son imprescindibles, aunque en momentos distintos. Por otra parte, respecto al «error» de identificar el castigo jurídico como caso estándar, Gardner parece convencido de que Hart menosprecia las demás prácticas del castigo, tomando el caso jurídico como la más importante de todas sus manifestaciones. Esta afirmación, no obstante, es infundada, ya que Hart se centra en el caso jurídico por ser el campo de estudio que más le interesa. Hart no niega que el castigo (i.e. la reacción a la que se está sujeto al ser responsable) en otros ámbitos —como en la escuela o en la familia— sea más habitual y relevante para la vida social; ni que cada contexto tiene peculiaridades que exigen el cumplimiento de condiciones distintas²⁷.

En tercer lugar, una de las críticas más relevantes de Gardner es aquella que señala que Hart no explica por qué es relevante la culpabilidad para castigar. En efecto, Hart no ofrece una razón a favor de que la culpabilidad fundamente el castigo, pero esto no parece ser un descuido del autor. Es decir, esta «omisión» viene de su postura respecto al fin general justificativo; esto es, del rechazo a la idea de que la culpabilidad de las personas sea lo que dote de sentido a toda la institución del castigo. Hart no considera que para mostrar la importancia del ingrediente deontológico sea necesario incluir consideraciones de este tipo en el objetivo general de la institución jurídica. La culpabilidad de un individuo es indispensable para aplicar un castigo a un individuo concreto —en este sentido podemos decir que esa persona debe *merecer* el reproche institucional—, pero solo en lo que respecta al proceso de adjudicación de castigos. De esto no se sigue que deba figurar en la justificación de la práctica en general.

Una cuarta cuestión que conviene señalar tiene que ver con la objeción respecto a que Hart no ofrece auténticas razones morales, sino solo razones de tipo instrumental, para apoyar su posición respecto al fin general preventivo. Esta objeción, sin embargo, y aunque resulte una obviedad, parece pasar por alto que Hart sí ofrece razones morales para lo anterior, específicamente, razones consecuencialistas, pero también razones que exigen poner límites a la racionalidad consecuencialista. A través de la propuesta de niveles, Hart sistematiza las distintas razones morales que deben tomarse en cuenta en la reflexión sobre el castigo en el contexto jurídico.

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉS

TWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

27 Hart insiste en distinguir la responsabilidad, entendida como sujeción, en el ámbito moral y en el jurídico, comprendiendo que se trata de cuestiones con exigencias diferentes.

Pese a estas discrepancias con algunas de las críticas de Gardner, es importante subrayar que el análisis minucioso de este autor no solo es una muestra de la actualidad de los planteamientos de Hart, sino que su estudio crítico deja ver lo imperioso que es continuar discutiendo los diversos problemas inmersos en el tema del castigo. Entre Gardner y Hart hay, en realidad, muchas más coincidencias de las que aparecen en este trabajo; principalmente, la negativa a aceptar que el ingrediente retributivo pueda ser suficiente —y no solamente necesario— para justificar el castigo. En un trabajo titulado *Las funciones y justificaciones del derecho penal y el castigo*, Gardner se muestra mucho más cercano a una propuesta mixta como la de Hart, afirmando que, dado que al penalizar y al castigar penalmente a las personas, el Estado perpetra, *prima facie*, la barbarie de dañar deliberadamente la vida de aquellas personas, ninguna de las múltiples líneas de argumentos que existen para autorizar esto podrá jamás proveer por sí sola una justificación suficiente. Se necesita invocar la ayuda de todas las funciones valiosas de criminalizar y castigar a las personas para siquiera acercarse a una justificación adecuada (Gardner, 2012b, pp. 221-232: «Las funciones y justificaciones del derecho penal y el castigo», especialmente pp. 223 y 224).

III.3.3. Discusión con Douglas Husak

Finalmente, revisaremos algunas cuestiones críticas —de carácter un poco más específico— a la propuesta de Hart realizadas por Douglas Husak en un trabajo titulado «A Framework for Punishment: What Is the Insight of Hart's "Prolegomenon"?» (2014)²⁸. En este trabajo, Husak pretende destacar algunas de las que él considera importantes deficiencias expuestas en el «Prolegomenon».

La primera cuestión con la que Husak está en desacuerdo tiene que ver con la analogía sugerida por Hart entre el castigo y la propiedad. Esta analogía es utilizada por Hart al inicio del «Prolegomenon» para ilustrar la conveniencia de distinguir —en instituciones complejas como serían el castigo y la propiedad— las cuestiones de definición, las del fin general justificativo y las que se refieren a la distribución. Hart alude a la propiedad por tratarse de una institución que, al igual que el castigo, se encuentra regida por normas jurídicas y que está relacionada con distintas prácticas que se dan en contextos diferentes. Por ello, es posible afirmar que, al aludir a dicha analogía, solo busca mostrar que la complejidad de instituciones como estas podría ser mejor afrontada al distinguir las cuestiones señaladas. Sin embargo, Husak cree que esta analogía va más allá de un recurso explicativo y cuestiona si ella

²⁸ Si bien, las que aquí se recogen son críticas a puntos específicos —supuestas inconsistencias— de la teoría del castigo hartiana, es verdad que algunas de las conclusiones a las que llega Husak se refieren a la teoría íntegra. No obstante, consideramos que ello no afecta su tratamiento de *críticas específicas* porque, tal y como se verá, no afectan las ideas centrales.

es plausible, especialmente, en lo relativo a las cuestiones distributivas. Cuando se trata de la propiedad como institución jurídica, la distribución está determinada por quién tiene derecho a adquirir la propiedad y por cuál es el precio para ello, mientras que en el castigo no parece correcto suponer que cualquier individuo tiene un derecho a recibir un castigo. Husak indica que la analogía sería más oportuna si Hart hubiera optado por preguntar cómo es que las personas se convierten en merecedoras de castigo y cuánto castigo merecen (Husak, 2014, p. 92). Si bien es cierto que las instituciones mencionadas no son del todo equiparables, es muy cuestionable que, en efecto, Hart haya intentado sugerir lo anterior. La analogía indicada parece ser más bien un recurso expositivo para poner de manifiesto las distintas cuestiones estructurales (no de contenido) que deben figurar en el estudio de una institución como el castigo. De hecho, a lo largo de toda su obra, Hart recurre a distintos paralelismos de instituciones del derecho civil o mercantil, pero solo como un recurso práctico para la comprensión (sobre este uso de las metáforas y analogías, véase Lakoff & Johnson, 2003).

Otra de las objeciones mencionadas por Husak tiene que ver con la definición de castigo ofrecida por Hart, a su vez inspirada en S.I. Benn y A. Flew²⁹. Husak considera que, en general, la definición propuesta por Hart es deficiente y ofrece tres razones para ello: en primer lugar, Hart falla al no subrayar que lo más problemático del castigo no es que implique infligir sufrimiento, sino el hecho de que ese sufrimiento es causado intencionalmente. En segundo lugar, la definición de Hart no hace mención del elemento de la desaprobación en el castigo. Y, en tercer lugar, Hart no explica por qué el castigo no jurídico es un caso sub-estándar, cuando, de hecho, es el caso más común en nuestras sociedades.

29 Una primera cuestión crítica señalada por Husak es que Hart realiza una modificación importante en la definición propuesta por estos autores, sin justificar por qué. Flew indica cinco elementos del sentido primario y establece, en primer lugar, que el castigo debe ser un mal o algo desagradable. Cuando Hart recoge los elementos propuestos por Flew, en lugar de utilizar la palabra mal (*an evil*), emplea el término dolor o sufrimiento (*pain*), señalando que el primer elemento del caso estándar consiste en que el castigo debe involucrar dolor u otras consecuencias normalmente consideradas desagradables. Husak observa en esto una inconsistencia, ya que Hart no menciona en ningún momento cómo o por qué habría alterado la versión original en la que dice basarse. Aunado a lo anterior, Husak considera que esto debe llevarnos a plantear preguntas razonables sobre la métrica del castigo o sobre aquello que utilizamos para decidir si un castigo es más o menos severo que otro, en las que el dolor o el sufrimiento no son las únicas alternativas posibles (Husak, 2014, p. 93, nota 6). Por lo que toca a lo anterior, es necesario destacar que el propio Flew aclara que, al utilizar términos como «mal» o «desagradable» y no la palabra dolor (*pain*), pretendía evitar la sugerencia de que el castigo consiste básicamente en flagelaciones u otras formas de tortura física (Flew, 1954, p. 294). Es decir, Flew decide evitar dicho término por la carga valorativa que posee en cuanto dolor físico, ya que el castigo puede implicar este tipo de dolor, pero no de forma exclusiva. En mi opinión, la crítica de Husak le da demasiada importancia a un cambio que no es sustancial, puesto que, tal y como se señalaba, los motivos de Flew para no utilizar el término *pain* consisten en no limitar el castigo al dolor físico. En el caso de Hart, el autor pudo haber optado por el término por considerar tal advertencia innecesaria para su época, o para evitar el uso de un término como «un mal» que, a su vez, también genera múltiples confusiones.

No obstante, ninguna de estas tres razones parece ser relevante. Respecto a la primera razón, cabe dudar de la afirmación de que Hart no tiene presente que el sufrimiento implicado en el castigo es distinto de otras prácticas que también implican sufrimiento³⁰. Para ello, basta recordar que su análisis se centra en el marco jurídico para evitar que se equipare el castigo con una situación en la que el sufrimiento es infligido por alguien que no sea una autoridad, el cual sería un caso de mera arbitrariedad.

La segunda razón presentada por Husak, según la cual Hart no incluye la desaprobación como uno de los elementos que caracterizan el castigo, tampoco es atinada porque pasa por alto el elemento normativo de la definición: el castigo jurídico debe aplicarse, necesariamente, por una transgresión a normas jurídicas (una crítica similar en Ross, 1975). Tomando en cuenta este elemento, puede argumentarse que la expresión de desaprobación se encuentra en el juicio adscriptivo que resulta de haber violado una norma, por lo que la desaprobación es una consecuencia de la transgresión del sistema jurídico tanto porque las normas funcionan como parámetros evaluativos (i.e. permiten identificar y catalogar comportamientos como legales o ilegales o como morales e inmorales) como porque la existencia de normas dentro de una comunidad en la propuesta de Hart supone que la interpretación del comportamiento de los individuos es realizada por sus miembros desde el punto de vista interno. Esto último es relevante porque en el modelo del autor, la existencia misma de normas depende de o, mejor dicho, consiste en una actitud crítica reflexiva que se adopta ante ciertos patrones de conducta, generándose patrones cuyo incumplimiento conllevan una evaluación específica sobre lo ocurrido. Esto queda claro en palabras de Neil MacCormick:

En la misma idea de reglas y normas sociales, tal y como fue desarrollada por Hart, se halla implícita la idea de reacciones críticas a la conducta desviada. El punto de vista interno que supone una preferencia por la conducta que trate de adaptarse a un cierto patrón, también implicará lógicamente una serie de reacciones adversas a la conducta que se aparte de dicho patrón. De este modo, es una verdad lógica que quien infringe una regla incurre en la desaprobación de quienes la aceptan. Desde el punto de vista de quienes la sostienen, la desaprobación es una desaprobación justificada (2010, p. 247).

La tercera razón sostenida por Husak es similar a una de las objeciones de Gardner: ambos recriminan a Hart que, al diferenciar entre el caso estándar y el sub-estándar, el autor menosprecia las prácticas del segundo grupo. Husak señala que este enfoque restringido lleva al autor a eludir

³⁰ Husak menciona que, tal y como está planteado el elemento de que el castigo implica sufrimiento, no es posible distinguir la práctica del castigo de la práctica de ir al dentista.

cuestiones fundamentales del problema y que, por lo tanto, podría ser acertada la conclusión de Gardner de que la teoría de Hart difícilmente puede ser considerada una verdadera teoría sobre la justificación del castigo. No obstante, tal y como se ha señalado anteriormente, se trata de una conclusión un tanto injusta. Hart no sugiere que el castigo jurídico sea el caso más importante, ni el más común de los sentidos en que se utiliza el término, sino que simplemente decide centrarse en este contexto para destacar sus peculiaridades. La teoría del castigo del autor, por tanto, no parece tener la pretensión de ser una teoría sobre el castigo en general, sino más bien una sistematización del mismo en un escenario donde hay normas jurídicas, autoridades e instituciones constituidas. Lo anterior no elude las cuestiones fundamentales de la reflexión sobre el castigo, sino que parte de algunos presupuestos para destacar la necesidad de fundamentar por qué mantener la institución jurídica de la pena, así como la importancia de dar una explicación moralmente convincente sobre la aplicación de sufrimiento a ciertos individuos. Además, se puede identificar en parte de esta crítica precisamente aquello que Hart pretende evitar: la confusión entre niveles de discurso y análisis.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El gran interés que ha recibido *Punishment and Responsibility* desde su publicación hasta nuestros días muestra la amplia repercusión de sus ideas, así como la disposición de muchos autores para continuar reflexionando acerca de los conceptos e instituciones revisados en dicha obra. Han sido muchos los autores que, insatisfechos con los planteamientos tradicionales, han encontrado en el trabajo de Hart una guía para retomar la discusión y explorar nuevas alternativas. Probablemente, temas como el de la justificación del castigo jurídico, en tanto problema de ética práctica, no se resolverán y, por ello, es conveniente que, en lugar de buscar soluciones definitivas, podamos establecer ciertas bases que faciliten el debate crítico y permitan introducir cambios positivos en la práctica jurídica. La reflexión iusfilosófica debe tender a tener una repercusión en la realidad, justamente, porque es ahí donde las deficiencias teóricas tienen los peores costos. Uno de los grandes aciertos de las propuestas de Hart es mostrar la importancia de llevar las reflexiones sobre los discursos en torno a la responsabilidad y el castigo hacia el plano de las prácticas concretas y, así, ofrecer a nuestros operadores y estudiosos herramientas útiles para comprender la complejidad de las cuestiones en juego y para ser consecuentes con ello. Por ello, en este trabajo, más que solucionar los problemas o simplemente desechar las críticas y concluir que Hart estaba en lo correcto, hemos querido mostrar la riqueza de las discusiones que sus ideas han provocado.

41

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉS

TWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

Respecto al concepto general de responsabilidad, haciendo un análisis lingüístico de los usos de expresiones como «responsable» y «responsabilidad» tal como son usados por operadores, dogmáticos y teóricos, Hart propone que se pueden identificar cuatro sentidos principales, los cuales tienen que ver con tipos diferentes de atribución, a saber, de roles, de capacidades, de ser factor causal y de estar sujeto a una reacción. Tener claridad sobre la separación de dichos sentidos nos ayuda a evitar confusiones y a tener presente qué podría estar en juego cada vez que se utilizan esas expresiones. A dicha desambiguación incorpora la tesis de la primacía de la sujeción. Apoya dicha tesis en dos argumentos. El primero es que estos diferentes sentidos son tales debido a que se pueden utilizar en diversos contextos sin ambigüedad, de esta forma se puede decir que son independientes. El segundo es que aquel es el principal sentido porque existe una relación de asimetría entre la atribución de estar sujeto a una reacción y las otras atribuciones, asimetría que se reconoce en el hecho de que estas últimas suelen ser condiciones para el primero, pero lo inverso nunca sucede. Con ello, organiza una serie de intuiciones que nos permiten identificar diversos criterios para imputar un evento a una persona dentro de un juicio de atribución de responsabilidad y diferenciarlos de las reacciones a las que se puede sujetar dicha persona luego de un veredicto condenatorio. Además, permite dar sentido a tipos de responsabilidad como la vicaria y la objetiva, reconociéndolas como tipos de responsabilidad, pero, a su vez, permite abrir discusiones respecto a cuándo la relación entre las condiciones de sujeción existentes en determinado contexto se condice con el tipo de reacción que se contempla. Dentro de las prácticas de atribución de responsabilidad, podemos ver que, cuando la reacción a dicha atribución es una consecuencia jurídica como el castigo penal, tener estas cuestiones presentes adquiere una importancia central.

En su análisis del castigo, la propuesta de Hart parte de reorganizar diferentes cuestiones importantes sobre este y proponer que nos ocupemos en distintos momentos de objetivos concretos, conformándose así la tesis del carácter mixto de la justificación del castigo. La propuesta de niveles pretende que la prevención de delitos sea observada como fin general justificativo de la institución, lo que implica un compromiso con la efectividad del castigo como medio de disuasión y de prevención del daño. A su vez, enfatiza la dignidad de los individuos como agentes morales que no deben ser utilizados como simples medios —esto es, ser castigados si no son culpables de una transgresión jurídica—. De esta forma, no es necesario hacer una selección excluyente entre diversas razones valiosas, sino que debemos reconocer en qué momento opera cada una de ellas. Aunque el estudio del autor no resuelve todo cuestionamiento sobre el castigo, sí nos ofrece un punto de partida para continuar la discusión, ya que, a partir de su propuesta de sistematización,

43

es posible observar algunos de los retos más importantes a los que nos enfrentamos en la actualidad.

Existen también retos abiertos por Hart que son particularmente acuciantes hoy en día. A nivel conceptual, queda el reto de saber distinguir entre las cuestiones que caracterizan una institución de sus funciones y los fines que se siguen con ellas. Si bien existen instituciones que se definen por las funciones que siguen, es importante no confundir los discursos políticos o morales con el trabajo conceptual de identificar prácticas e instituciones. Usualmente la mezcla de ambas cosas trae por consecuencia que se normalizan ciertas perspectivas político-morales (que se muestran como definitorias de las prácticas) o que una crítica valorativa (político-moral) se convierta en un intento de abolir una institución, siendo ello muchas veces innecesario e incluso contraproducente.

En el caso de sus reflexiones sobre el castigo, uno de los retos más importantes que el análisis de Hart pone de manifiesto es el tema de la eficacia de la institución, esto es, la necesidad de tomarse en serio el trabajo empírico para saber qué tipo de institución tenemos en nuestros ordenamientos jurídicos y qué costos humanos reales involucra. El otro gran reto que el trabajo de Hart permite detectar tiene que ver con las condiciones que hacen a un castigo justo (su distribución), lo que implica tener conocimiento del funcionamiento real de los distintos tipos de castigos —particularmente de los más controvertidos, como la prisión— para saber el nivel de sufrimiento real que estamos tolerando. Muchos de los trabajos actuales sobre el castigo tienen que ver con la posibilidad real de contar con castigos justos dentro de sociedades como las nuestras, es decir, sociedades profundamente injustas (véanse, por ejemplo, Gargarella, 2016; Duff, 2007).

REFERENCIAS

Beccaria, C. (1968[1764]). *De los delitos y de las penas* (trad. J. de las Casas). Madrid: Alianza Editorial.

Benn, S.I. (1958). An Approach to the Problems of Punishment. *Philosophy*, 33(127), 325-341. <https://doi.org/10.1017/s0031819100055017>

Bentham, J. (1996). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. En *The Collected Works of Jeremy Bentham* (Eds. J.H. Burns y H.L.A. Hart). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/actrade/9780198205166.book.1>

Betegón, J. (1992). *La justificación del castigo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Boxer, K. (2014). Hart's Senses of «Responsibility». En C.G. Pulman (ed.), *Hart on Responsibility* (pp. 30-46). Londres: Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1057/9781137374431_2

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉS

TWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

- Coleman J. (2010). *Riesgos y daños* (trad. D. Papayannis). Madrid: Marcial Pons.
- Duff, R.A. (2007). *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472560155>
- Duff, R.A. (2008). Responsabilidad y punibilidad en derecho penal. En M. Kramer, C. Grant y A. Hatzistavrou (comps.), *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral* (trads. C. Orunesu y J.L. Rodríguez, pp. 145-167). Madrid: Marcial Pons.
- Duff, R.A. (2009). Legal and Moral Responsibility. *Philosophy Compass*, 4(6), 978-986. <https://doi.org/10.1111/j.1747-9991.2009.00257.x>
- Epstein, R. (1973). A Theory of Strict Liability. *Journal of Legal Studies*, 2(1), 151-204. <https://doi.org/10.1086/467495>
- Feinberg, J. (1970). Collective Responsibility. En *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility* (pp. 222-251). Princeton: Princeton University Press.
- French, P. (ed.) (1991). *The Spectrum of Responsibility*. Nueva York: St. Martin's Press.
- Flew, A. (1954). The Justification of Punishment. *Philosophy*, 29(111), 291-307. <https://doi.org/10.1017/s0031819100067152>
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. París: Gallimard.
- Gardner, J. (2008). Introduction. En *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2ª ed., pp. XIII-LVIII). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.001.0001>
- Gardner, J. (2012a). Hart y Feinberg sobre responsabilidad. En M. Kramer, C. Grant y A. Hatzistavrou (comps.), *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral* (trads. C. Orunesu y J.L. Rodríguez, pp. 169-193). Madrid: Marcial Pons.
- Gardner, J. (2012b). *Ofensas y defensas: Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (trads. M.L. Manrique Pérez y J. Milton Peralta). Madrid: Marcial Pons.
- Gargarella, R. (2016). *Castigar al prójimo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Glock, H. (2008). *What is Analytic Philosophy?* Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511841125>
- Hart, H.L.A. (1965[1949]). The Ascription of Responsibility and Rights. En A. Flew (ed.), *Logic and Language (First and Second Series)* (pp. 151-174). Nueva York: Anchor Books.
- Hart, H.L.A. (2008[1958a]). Murder and the Principles of Punishment: England and the United States. En *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2ª ed., pp. 54-89). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.003.0003>

Hart, H.L.A. (2008[1958b]). Legal Responsibility and Excuses. En *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2ª ed., pp. 28-53). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.003.0002>

Hart, H.L.A. (2008[1959]). Prolegomenon to the Principles of Punishment. En *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2ª ed., pp. 1-27). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.003.0001>

Hart, H.L.A. (2008[1960]). Acts of Will and Responsibility. En *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2ª ed., pp. 90-112). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.003.0004>

Hart, H.L.A. (2008[1961]). Negligence, Mens Rea and Legal Responsibility. En *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2ª ed., pp. 136-157). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.003.0006>

Hart, H.L.A. (1963). *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press.

Hart, H.L.A. (1965). *The Morality of the Criminal Law: Two Lectures*. Jerusalén: Magnes Press.

Hart, H.L.A. (2008[1965]). Changing Conceptions of Responsibility. En *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2ª ed., pp. 186-209). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.003.0008>

Hart, H.L.A. (2008[1967]). Intention and Punishment. En *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2ª ed., pp. 113-135). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.003.0005>

Hart, H.L.A. (2008[1968]). Postscript: Responsibility and Retribution. En *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2ª ed., pp. 210-237). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.003.0009>

Hart, H.L.A. (2008). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.001.0001>

Hart, H.L.A. & Honoré, T. (1985). *Causation in the Law* (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198254744.001.0001>

Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Honderich, T. (2006). *Punishment: The Supposed Justifications*. Londres: Pluto Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctt183q5s8>

Husak, D. (2014). A Framework for Punishment: What Is the Insight of Hart's «Prolegomenon»? En C.G. Pulman (ed.), *Hart on Responsibility* (pp. 91-108). Nueva York: Palgrave MacMillan. https://doi.org/10.1057/9781137374431_5

DOS TESIS DE
H.L.A. HART SOBRE
RESPONSABILIDAD
Y CASTIGO: 50
AÑOS DESPUÉS

TWO THESES OF
H.L.A. HART ABOUT
RESPONSIBILITY
AND PUNISHMENT:
50 YEARS LATER

- Kutz, C. (2002). Responsibility. En J. Coleman y S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0014>
- Lakoff, G. & Johnson, M. (2003). *Metaphors We Live By*. Chicago: University of Chicago Press. <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226470993.001.0001>
- Larrañaga, P. (2000). *El concepto de responsabilidad*. Ciudad de México: Fontamara.
- Lucas, J.R. (1993). *Responsibility*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198235781.001.0001>
- MacCormick, N. (2010). *H.L.A. Hart* (trad. J.M. Pérez Bermejo). Madrid: Marcial Pons.
- Moore, M.S. (1997). *Placing Blame*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199599493.001.0001>
- Nino, C.S. (1980). *Introducción al análisis del derecho* (2ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Psillos, S. (2002). *Causation and Explanation*. Durham: Acumen.
- Rawls, J. (1955). Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review*, 64(1), 3-32. <https://doi.org/10.2307/2182230>
- Ricoeur, P. (1997). El concepto de responsabilidad: Ensayo de análisis semántico. En *Lo justo* (pp. 39-68). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ross, A. (1975). *On Guilt, Responsibility and Punishment*. Berkeley y Los Angeles: University of California Press.
- Strawson, P.F. (1992). *Analysis and Metaphysics*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198751182.001.0001>
- Williams, B. (1993). *Shame and Necessity*. Berkeley: University of California Press.
- Williams, B. (1997). Moral Responsibility and Political Freedom. *The Cambridge Law Journal*, 56(1), 96-102. <https://doi.org/10.1017/s0008197300017761>
- Yágüez, R. (2002). Sobre las palabras «responder», «responsable» y «responsabilidad». En A. Cabanillas (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Volumen 2: Derecho civil, derecho de obligaciones* (pp. 1323-1352). Madrid: Civitas.

Recibido: 16/05/2018
Aprobado: 22/06/2018