

Trabajo recibido el 1 de abril de 2019 y aprobado el 31 de julio de 2019

La noción de derrotabilidad en H.L.A. Hart¹

THE NOTION OF DEFEASIBILITY IN H.L.A. HART

JOSÉ VÍCTOR DAVID GARCÍA YZAGUIRRE*

RESUMEN

El objetivo del presente artículo es realizar una reconstrucción de las tesis de H.L.A. Hart acerca de la derrotabilidad conceptual formulada en el artículo «*The Ascription of Responsibility and Rights*» y dar razones para sostener que esta no es equivalente con la noción de open texture. Para estos efectos, voy a dar cuenta de las diversas dificultades teóricas que padece la propuesta de derrotabilidad y analizar qué es exactamente lo que predica de los conceptos.

ABSTRACT

The objective of this article is to carry out a reconstruction of the theses of H.L.A. Hart about the conceptual defeasibility formulated in the article “*The Ascription of Responsibility and Rights*” give reasons to sustain that it is not equivalent with the notion of open texture. For these purposes, I will give an account of the various theoretical difficulties that the defeasibility proposal suffers and analyze what exactly it preaches of concepts.

PALABRAS CLAVE

Derrotabilidad, conceptos, textura abierta.

KEY WORDS

Defeasibility, concepts, open texture.

1. Introducción

El objetivo del presente artículo es realizar una reconstrucción de las tesis de H.L.A. Hart acerca de la derrotabilidad y determinar si es equivalente o no con la noción de *open texture*. El punto a demostrar es que resulta incorrecto considerar que ambas nociones son intercambiables, pues cada una da cuenta de rasgos distintos de los conceptos.

Hart introdujo el término «derrotabilidad» en el lenguaje de los teóricos del derecho a efectos de dar mejores explicaciones sobre los rasgos y usos de los conceptos jurídicos y de la noción

¹ Este trabajo se enmarca como tesista del proyecto Fondecyt «Hacia una teoría del stare decisis» (núm. 1180494) concedido por el Conicyt chileno. Una versión previa de este artículo fue presentado en las Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho 2018, organizadas por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en un seminario de teoría del derecho en la Universidad Diego Portales y en otro en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Quiero agradecer especialmente a Álvaro Núñez Vaquero, María Beatriz Arraigada Cáceres, Jorge Luis Rodríguez, Federico Arena, Alejandro Daniel Calzetta, Eugenio Camadro, Loreto Navarro Gezán, Seren Ataoglu Colonnello y Diego Villegas Aleksov por sus agudas observaciones, muchas de las cuales tengo aún pendientes de resolver.

* Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. Doctorando en co-tutela de la Universidad Austral de Chile y de la Universidad de Génova. Correo electrónico: garciayzaguirre@gmail.com.

de acción². La importancia teórica de este tema, además de su relevancia en la reconstrucción general de los aportes de Hart, está en que este es el punto de partida de una serie de discusiones sobre la noción de derrotabilidad.

El término «derrotabilidad» se incorporó en la caja de herramientas lingüísticas de los teóricos del derecho a partir de uso por H.L.A. Hart en el artículo *The Ascription of Responsibility and Rights*³ de 1948. Desde aquella publicación muchos de los argumentos usados bajo este rótulo son similares a los empleados bajo la denominación *open texture*. Ello, pues pareciera que con ambos se pretende decir que en situaciones anómalas las condiciones de aplicación de una determinada estructura condicional no garantizan la aplicación del consecuente. La pretensión de este artículo es sostener que, conforme a la teoría *hartiana*, resulta incorrecto e induce a confusión considerar que ambos problemas son el mismo. En efecto, sostendré que con cada uno de estos se hace referencia a preguntas distintas, aunque vinculadas entre sí.

Para dar cumplimiento con este objetivo realizaré un análisis de la propuesta de derrotabilidad en Hart. En el artículo señalado en el párrafo anterior, se presentaron dos ideas: i) una propuesta sobre cómo están compuestos los conceptos jurídicos, y ii) una propuesta sobre cómo identificar acciones (qué hace a un movimiento físico una acción). Dentro de cada una de estas el autor introduce el término «derrotabilidad» para denominar a un concepto que permita esclarecer ambos fenómenos a fin de identificar el contenido de este concepto y qué se pretende explicar con él. Tras ello, voy a realizar una identificación de sentidos del término *open texture* propuesto por Hart en El Concepto de Derecho. Tanto sobre la derrotabilidad como de la *open texture* voy a distinguir sus elementos a efectos de identificar qué es lo está predicando y cómo lo está haciendo.

En este artículo solo me voy a concentrar en reconstruir una propuesta de los conceptos jurídicos y analizar si este sentido de la derrotabilidad es o no equivalente con la noción de *open texture*, desarrollada por el mismo autor en El Concepto de Derecho. Debo ir anotando que en el artículo a analizar Hart formuló una propuesta teórica de la noción «concepto jurídico» indicando que este: i) es principalmente usado de manera adscriptiva; y ii) es irreductiblemente derrotable.

Dejó de lado su propuesta sobre la acción, pues señaló que no podía defenderlas de las críticas que se le formularon y dado que, posteriormente, no volvió a trabajar sobre la noción de derrotabilidad se puede considerar que sobre esta también hubo renuncia, pero sin admitir error⁴. Sin embargo, ello no elimina la necesidad de seguir debatiendo las propuestas formuladas ni que podamos aprovechar sus propuestas para abordar discusiones actuales sobre la derrotabilidad.

² Propuso un nuevo concepto teórico en el sentido empleado por CARRIÓ (2004), p. 9.

³ HART (1948-1949).

⁴ La renuncia fue manifestada en su rechazo a republicar *The Ascription of Responsibility and Rights* en su libro recopilatorio *Punishment and responsibility*. Expresamente señaló que «[m]y main reason for excluding it is simply that its main contentions no longer seem to me defensible, and that the main criticisms of it made in recent years are justified». HART (2008), p. v. En relación a las críticas específicamente refiere a las formuladas por GEACH (1960) y PITCHER (1960), ambas vinculadas a la noción de acción. En una entrevista con David Sugarman, Hart relató que este artículo se inspiró a partir de un seminario que realizó con John Lagshaw Austin y que, a pesar del arrepentimiento, tuvo cosas muy útiles y ciertas. Identificó explícitamente lo que consideró fue su error: su propuesta adscriptivista de la acción. Sin perjuicio de ello, el autor relata que este texto fue relevante para obtener un puesto en Oxford. HART Y SUGARMAN (2005), p. 276.

2. Conceptos jurídicos

2.1. Uso adscriptivo

Hart señala que nuestro lenguaje puede ser utilizado o bien para describir, o bien para adscribir (sin que uno implique la exclusión del otro). Un enunciado empleado para describir presenta o expresa cómo es un determinado objeto, es decir, identifica y da cuenta de un conjunto de propiedades con las que definimos algo. De esta manera, dichos enunciados tienen valores de verdad (pueden ser verdaderos o falsos) en función de si representan o no el mundo adecuadamente.

Los enunciados que adscriben, en cambio, lo que hacen es atribuir o imputar. Enunciados del tipo «él lo hizo», por ejemplo, imputan responsabilidad y los de tipo «esto es de él» atribuye derechos⁵. Este es un uso diferente del lenguaje, que no puede ser evaluado empleando valores de verdad, pues no están describiendo, sino que están haciendo algo diferente⁶. En este sentido, Hart propuso que el uso principal de los conceptos jurídicos y los enunciados de acción son de tipo adscriptivo. ¿Qué es lo que hace un juez al momento de tomar una decisión dentro de un proceso? Para esta propuesta, cuando un juez resuelve, por ejemplo, que «Víctor golpeó a Juan», no se está describiendo lo que ocurrió, lo que se está haciendo es adscribir responsabilidad por una acción a Víctor. Este tipo de enunciados formulados en una decisión no tienen valores de verdadero o falso, solo pueden ser afirmados o revocados.

En un proceso de toma de decisiones jurídicas, conforme a lo expuesto, un demandante, entre otras cosas, presenta una pretensión de aplicación de un determinado concepto para calificar ciertos hechos del mundo⁷. Frente a ello, el demandado puede ofrecer respuesta. El aplicador del derecho, en este punto, lo que hace es determinar que a los eventos ocurridos (los probados) se les aplica una norma que contiene un concepto jurídico. Siguiendo el ejemplo de Hart, imaginemos que ha resuelto «esto es un contrato».

El enunciado «esto es un contrato» puede tener dos usos: i) descriptivo de los hechos que tiene presente; o ii) adscriptivo, es decir, decide que hay un contrato. La mejor manera de explicar qué es lo que están haciendo los jueces al momento de decidir, señala Hart, es emplear este segundo camino⁸. Desde esta aproximación se considera que el uso principal de los conceptos jurídicos es adscriptivo, pues el juez al emplearlos no está dando cuenta de hechos, sino expresando decisiones operativas⁹. Siguiendo a este autor, no es que esos hechos sean, en su conjunto, un contrato o que se hagan inferencias inductivas o deductivas a partir de los enunciados sobre esos hechos para concluir que hay contrato. Lo que está haciendo es decidir sobre los hechos que le han presentado, con acierto o desacierto, que existe un contrato¹⁰. De esta forma, al hablar de adscripción no está pretendiendo reconstruir un uso semántico de los conceptos, sino un uso pragmático¹¹.

⁵ HART (1948-1949), p. 171.

⁶ En este sentido ARENA (2008), p. 207.

⁷ Con la pretensión de la demanda se hacen diversos requerimientos dependiendo del tipo de proceso. Para nuestros fines solo nos va interesar la aplicación de un concepto jurídico.

⁸ Cualquier enunciado puede ser empleado de manera adscriptiva o descriptiva, la diferencia está en la pragmática. Feinberg a esto agrega que también cambia la pregunta a contestar, en el caso de la pregunta es «¿qué hizo Víctor?» se ofrecerá un enunciado descriptivo que diga «Víctor hizo X». En cambio, si pregunto «¿quién hizo X?» se ofrecerá un enunciado adscriptivo que diga «Víctor hizo X». FEINBERG (1979), pp. 137 y 140.

⁹ NINO (1987), p. 16.

¹⁰ HART (1948-1949), p. 182.

¹¹ DUARTE (2007), p. 172. ARENA (2008), p. 210. Si bien «uso» ya evoca a la pragmática del lenguaje, asumo la redundancia a efectos de claridad.

Este punto del artículo de Hart muestra la influencia que recibió al momento de escribirlo por parte de J.L. Austin. El punto central es que con este tipo de enunciados estamos haciendo algo¹². Las palabras no solo tienen un contenido semántico, también pueden ser empleadas para la ejecución de un acto.

De esta forma, la decisión de los jueces «esto es un contrato» no es verdadera o falsa, sino correcta o incorrecta. En caso de que la resolución sea apelada ante una Corte superior, y esta decida revocar la decisión, la resolución de la segunda instancia (o de cualquier otra superior) no se basa en la falsedad del enunciado, sino en si la aplicación del concepto fue adecuada o no en función a sus criterios de corrección¹³. Volveré sobre este punto al tratar la adscripción de acciones.

En breve, para Hart los conceptos jurídicos, en contextos de toma de decisiones jurídicas, son empleados, principalmente, para declarar derechos, reconocer derechos de alguien, asignar derechos reclamados, transferir derechos o atribuir responsabilidad sobre la realización de una acción, es decir, adscribir. Es posible describir con ellos, pero esta no sería la explicación adecuada de lo que hacemos al momento de decidir.

2.2. Derrotabilidad conceptual

La propuesta de derrotabilidad de los conceptos jurídicos está compuesta por dos ideas: i) los conceptos jurídicos están sujetos a excepciones que no pueden ser determinadas *ex ante* a la aplicación al caso¹⁴; y ii) el uso de los conceptos jurídicos está condicionado por la estructura de la toma de decisiones jurídicas.

En cuanto a la primera idea, Hart parte por considerar que, dadas las características de los conceptos jurídicos, es absurda su aproximación mediante el uso de condiciones necesarias y suficientes¹⁵. Una persona puede formular un concepto de esta manera a efectos de enseñarle a otra cómo este ha sido entendido (para empezar a aprender sobre su contenido), pero ello no es suficiente. Para explicar un concepto, siguiendo los ejemplos propuestos por el autor, un allanamiento o un contrato, hemos de referir a cómo han sido entendidos en anteriores oportunidades y acompañar ello con una referencia a las excepciones de aplicación, las cuales no pueden ser enumeradas de manera irrevisable. Paso a precisar estas dos ideas.

Voy a usar el mismo ejemplo de Hart: «contrato»¹⁶. Las condiciones para que exista un contrato, entre otras, son: i) hubo una oferta; ii) aceptación de la oferta; y iii) se realizó un

¹² Años previos a la publicación de *The Ascription of Responsibility and Rights* de Hart, Austin ejemplificó un punto análogo con los enunciados «yo sé» y «yo prometo». Al expresarlos, no estamos describiéndonos ante otros, lo que estamos haciendo es garantizando algo. AUSTIN (1975), p. 104-109.

¹³ SNEDDON (2006), p. 22.

¹⁴ «[I]t is usually not possible to define a legal concept such as "trespass" or "contract" by specifying the necessary and sufficient conditions for its application. For any set of conditions may be adequate in some cases but not in others and such concepts can only be explained with the aid of a list of exceptions or negative examples showing where the concept may not be applied or may only be applied in a weakened form». HART (1948-1949), p. 174.

¹⁵ A efectos de precisión, las condiciones pueden ser básicas o subordinadas.

Las básicas son:

1. Condición suficiente: verificar A es garantizar B;
2. Condición necesaria: verificar A es requerido para B, pero no lo garantiza;
3. Condición necesaria y suficiente: verificar A es requerido y garantiza B;

Las subordinadas son:

1. Condiciones sustitutivas: verificación de A es una condición suficiente de una condición necesaria para B;
2. Condiciones contribuyentes: verificación de A es una condición necesaria de una condición suficiente para B;

¹⁶ Este ejemplo podría generar confusiones si es analizado a partir de las distinciones conceptuales propias de la dogmática civilista. Al respecto, anoto que este ejemplo tiene el único propósito de describir y hacer más clara la explicación ofrecida por Hart sobre cómo opera la derrotabilidad conceptual.

documento escrito que satisface ciertas exigencias formales para consignar la oferta y su aceptación. Al respecto, ¿es suficiente conocer estas condiciones para comprender adecuadamente el concepto «contrato»?

Hart denomina a este tipo de condiciones como «condiciones positivas», es decir, son condiciones requeridas para poder señalar a qué situaciones se aplica el concepto. El significado puede variar de manera que la selección de propiedades para la aplicación de un concepto puede ser ampliada conforme aparezcan nuevos casos de aplicación¹⁷. Al respecto, Pierluigi Chiassoni esclarece el punto señalando que cada propiedad positiva es un punto de partida para posibles extensiones analógicas, es decir, nos sirven para identificar propiedades definitivas posteriores similares a las primeras. Pero esta ampliación es contingente, pues dependerá de la elección interpretativa que realice el aplicador del derecho. De esta forma, luego de haber identificado las propiedades del concepto podemos elegir una de estas dos opciones: el contenido del significado está clausurado en ciertas propiedades o que toda identificación de propiedades es prima facie, de manera que puedan incorporarse nuevas propiedades relevantes. Para esta segunda hemos de agregar al final de la selección de propiedades una cláusula de extensión de tipo «u otras cosas similares a esta»¹⁸.

Conocer estas condiciones positivas no es suficiente para explicar de manera adecuada lo que quiere decir «contrato». Se debe considerar que, aunque dichas condiciones justifiquen la pretensión de que hubo un contrato, dicha pretensión puede ser atacada a efectos de ser descartada o, por lo menos, limitada¹⁹. Los ataques se deben a las defensas que puede presentar la contraparte en un proceso, las cuales en el caso de un contrato son, por lo menos: i) coacción; ii) error; y iii) demencia de una de las partes.

Las pretensiones sobre las cuales deciden los jueces pueden ser desafiadas de dos maneras: i) negando los hechos sobre los cuales se ha basado la pretensión (señalar que «hubo un contrato» resultaría ser una descripción falsa de los hechos)²⁰; o ii) aceptar que se han dado todas las circunstancias alegadas por la parte, pero sosteniendo que junto a estas han ocurrido otras que hacen que el caso individual sea una ejemplificación de supuestos de inaplicación, las cuales pueden tener uno de los siguientes efectos: ii.1) hacer inaplicable el concepto en todos sus extremos; o ii.2) debilitar el impacto de la pretensión de manera que ahora ejerce una presión con consecuencias jurídicas menos intensas.

Tanto ii.1) como ii.2) representarían dos sentidos del término «defensa» empleados por Hart. Las consignadas en ii.1) son las excepciones o condiciones negativas (aquellas que, de comprobarse ocurridas, entonces hacen no aplicable al concepto). Las previstas en ii.2) son las defensas en sentido estricto (aquellas que, de comprobarse, hacen aplicable el concepto, pero de manera debilitada)²¹.

¹⁷ «[A]nswers to the questions “What is trespass?”, “What is contract?” if they are not to mislead, must take the forms of references to the leading cases on the subject, coupled with the use of the word “etcetera”». HART (1948-1949), pp. 173-174.

¹⁸ CHIASSONI (2012), p. 282. Esta cláusula refiere a otras análogas a cada una de las propiedades, es decir, si indicamos que el concepto está compuesto por las propiedades A, B y C, entonces, hemos de considerar análogas de A, análogas de B y análogas de C. En este mismo sentido SNEDDON (2006), p. 20.

¹⁹ NINO (1987), p. 16.

²⁰ Señalando, por ejemplo, que no hubo tal cosa como una oferta, pues en ningún momento el demandante realizó actos que califiquen como tal.

²¹ HART (1948-1949), p. 174. Para ejemplificar el punto ii.2) Hart propone pensar en un caso de imputación de homicidio doloso, frente a la cual se alega y prueba que hubo provocación por parte de la víctima, lo cual tiene el efecto de debilitar lo alegado: el cargo pasa a ser de homicidio culposo.

Las condiciones negativas se presentan incorporando una cláusula «a menos que»²² que represente a las excepciones de aplicación. Hart se enfoca en este punto para sostener que los conceptos no pueden ser explicados como conjuntos de condiciones necesarias y suficientes de aplicación. Ello, pues, para dar una buena explicación de los conceptos hemos de emplear una lista de condiciones negativas o ejemplos negativos que, de manifestarse, conlleven a la no aplicación del concepto. Es decir, puede que se hayan satisfecho las condiciones necesarias de aplicación, pero, aun así, el concepto no se aplique debido a la identificación de una de estas excepciones²³.

Las condiciones positivas por sí mismas serían condiciones necesarias, pero no suficientes. Las condiciones negativas pueden desestimar la pretensión, a pesar de haberse satisfecho las condiciones necesarias (serían condiciones suficientes de inaplicación que no pueden ser determinadas *ex ante* a un caso). Este punto, sostiene Hart, no tiene palabra en el lenguaje que la identifique.

A efectos de poder identificar con precisión esta característica de los conceptos, el autor toma el término «derrotabilidad» del derecho civil²⁴ y lo incorpora al lenguaje de la teoría del derecho para referir que un concepto está sujeto a *derrota* en diversas situaciones²⁵, pero permanece intacto si ninguna de ellas se manifiesta²⁶. En otros términos, refiere a que la aplicación de un concepto es tentativa o se da siempre que ninguna situación de excepción se manifieste. De esta forma, al señalar que un concepto jurídico es irreductiblemente derrotable, Hart alude a que este no debe ser definido mediante un conjunto de condiciones necesarias y suficientes, pues requiere considerar excepciones no numerables²⁷. Explicar un concepto jurídico sin aludir a este rasgo sería, para Hart, una mala explicación.

Es pertinente preguntarse, ¿cómo se comporta una condición derrotante? Siguiendo el ejemplo de Hart, una condición positiva de «contrato» es la ocurrencia de que se ejecute la aceptación de la oferta. Al respecto, ¿qué se está diciendo al decir «no hubo consentimiento»? Una lectura equivocada, para dicho autor, es pensar que refiere a la inexistencia, es decir, a la ausencia de la condición positiva (que el enunciado sea empleado para afirmar que no existió el hecho representado por la condición positiva «aceptación de la oferta»). Lo que se está realizando es afirmar que han ocurrido hechos que califican como condiciones negativas, como, por ejemplo, actuar bajo coerción²⁸. En otros términos, una condición negativa o derrotante lo que hace es señalar la existencia de un hecho ocurrido de manera conjunta con la condición positiva y que esta vence, es decir, conlleva la no aplicación del concepto.

²² HART (1948-1949), p. 173.

²³ Debo precisar que la operatividad e identificación de condiciones negativas no es un problema del lenguaje natural (como lo es la vaguedad y la vaguedad potencial, por ejemplo, de las que daré cuenta más adelante), sino que son resultados de cómo cada intérprete entiende la composición de los conceptos jurídicos.

²⁴ Hart se inspiró el derecho de propiedad inglés en el cual se prevé la figura «*defeasible state*». Esta se emplea para referir a contratos de transferencia de propiedad sujetos a condición resolutoria, esto es, revocable a mérito de la ocurrencia de una determinada condición establecida contractualmente.

²⁵ Esto quiere decir que, de ocurrir dichas situaciones, entonces el concepto deja de ser aplicable.

²⁶ HART (1948-1949), p. 175. Schauer lo explica señalando que las normas son tentativas, continuamente abiertas a su derrota en un caso particular o a modificaciones en la medida que aparezcan nuevas situaciones. SCHAUER (2013b), p. 118. Por su parte Chiassoni explica esta idea señalando que la noción de concepto jurídico derrotable refiere a las condiciones negativas de aplicación las cuales, en caso de concomitancia con las positivas, prevalecen sobre las segundas. CHIASSONI (2012), p. 284.

²⁷ HART (1948-1949), p. 189. BAYLES (1992), p. 12. En otros términos, referiría a la imposibilidad de reducir las excepciones a condiciones necesarias y suficientes debido a que existe una lista abierta de excepciones. GONZALES (2013), pp. 53 y 54.

²⁸ HART (1949-1949), p. 178.

Nino²⁹ vincula la noción de condiciones negativas que generan la derrota con la noción de palabras excluidoras de Roland Hall³⁰, quien a su vez desarrolla la idea de «palabras con pantalones» de J. L. Austin³¹. Hall está dando cuenta de los usos habituales de palabras que informan a manera de descarte, por ejemplo, «real», «civil» o «bárbaro». Estas son usadas, principalmente, de manera negativa, es decir, para excluir caracterizaciones, modos o manifestaciones ajenos a los que se pretende aludir. Estas no niegan la existencia de algo, sino que se usan para excluir propiedades en determinados contextos. Conforme a los ejemplos, «civil» se emplearía para excluir a eclesiástico o militar, «real» para excluir algo imaginario o figurativo («tigre real», por ejemplo, informa que no estamos ante un tigre de juguete o el dibujo de un tigre) y «bárbaro» era empleado en tiempos clásicos para hablar de no griegos. En breve, excludor refiere al uso de una palabra no para denotar una propiedad positiva, sino para excluir propiedades y contextos de uso.

Las condiciones negativas operan de manera análoga a este uso excluyente de las palabras: su uso no niega la existencia de la ocurrencia de algo, sino que se opone a que se aplique un determinado predicado. No dan cuenta de la ausencia de hechos, sino que refieren a que algo sucedió y a un fenómeno adicional el cual se opone a aplicar un determinado concepto jurídico. De manera más precisa, si se dan las condiciones negativas entonces se excluye el predicado aplicable conforme a las condiciones positivas³². La parte demandada puede negar la ocurrencia de hechos alegados por el demandante (nunca ocurrió una oferta, por ejemplo), pero esta no sería una condición derrotante, sino que sería un desafío por negación, conforme lo expusimos líneas atrás.

De esta forma, si los condicionantes derrotantes se comportan de manera similar a como lo hacen los términos excluyentes podemos entender de mejor manera una idea ya señalada: en todos aquellos casos en los cuales estén presentes, excluyen los efectos de las propiedades positivas (no se podrá aplicar el concepto jurídico). En cambio, en todos aquellos casos en los cuales no estén, entonces se dan los efectos de las condiciones positivas (se aplicará el concepto jurídico).

El punto anterior pone de manifiesto que, para el uso de un concepto por parte del juez, no se requiere la demostración de la ausencia o inexistencia de una condición negativa. Lo que está haciendo el juez al momento de decidir es usar un concepto (decidir que hay un contrato, siguiendo el ejemplo) en vista a que no se han presentado condiciones negativas. La presentación de las condiciones negativas implica que hay un hecho (o hechos) y para que decir que ocurrió (u ocurrieron) ello debe ser probado por la parte demandada. De esta forma se vincula la idea de condición negativa (derrotante) con la estructura de la toma de decisiones jurídicas.

Siguiendo esta forma de reconstruir a Hart, el objeto de la derrota es la aplicación del concepto «contrato» como predicado de unos hechos en el marco de un proceso de toma de decisiones jurídicas (que el juez decida que hay un contrato). La derrota se da cuando la contraparte del proceso puede demostrar la ocurrencia de una condición negativa. Existe una parte demandante con una pretensión de uso de una norma que contiene un concepto jurídico sustentada de tal manera que, en caso de no ser desafiada por el demandado, esta debiera ser aplicada. La derrotabilidad alude a la posibilidad del demandado de poder, en una etapa del proceso de toma

²⁹ NINO (1987), pp. 19 y 20.

³⁰ Hall señala que son palabras caracterizadas por: i) atribuir opuestos; ii) descartar algo sin agregar ellas mismas información adicional sobre el objetivo; y iii) reducir el grado de ambigüedad contextual (descartan contextos de uso del término). HALL (1959), p. 1.

³¹ La expresión «palabra con pantalones» es una metáfora para decir que el uso negativo de la palabra (excluyente en términos de Hall) es el principal: «es el uso *negativo* el que lleva los pantalones» (cursiva es de origen). AUSTIN (1981), p. 98. Idea abordada como la diferencia entre palabras usadas para negar y usadas para oponer en AUSTIN (1975), p. 181.

³² Cabe insistir que estamos en el plano de usos del lenguaje. Una palabra excluyente refiere a su uso, no a su contenido semántico. Sin embargo, como bien señala Hall, podemos emplearla como definición o explicación de un objeto, pero esa aproximación no capturaría eso que pretendemos hacer cuando la usamos. HALL (1959), p. 5.

de decisión, ofrecer la ocurrencia de una condición negativa en contra de la aplicación y, en caso de ofrecerlas, estas superen a las dadas por el demandante y no se aplique el concepto, a pesar de que se han satisfecho las condiciones necesarias de aplicación.

Este punto pone de manifiesto la manera en que la noción de derrotabilidad está vinculada a la estructura del proceso de toma de decisiones jurisdiccionales, dado que es un posible resultado de la oportunidad del demandado a contraargumentar un caso (sin contradictorio, no es posible derrota). En este sentido, todo sistema adversarial que aplica conceptos jurídicos conlleva la posibilidad de derrotar la aplicación conceptos.

La aplicación de un concepto está conectada con los rasgos procesales en dos puntos: i) pretender la aplicación de una norma que contiene un concepto jurídico (en otros términos, el contenido de la demanda), y ii) el proceso (distribución de etapas y actos que ordenan la participación de cada parte y lo que deben probar. En este sentido si el demandante prueba las condiciones positivas y el demandado ninguna negativa, entonces se aplicará la norma y los conceptos en ella implicados. En cambio, si la demandada prueba por lo menos una condición negativa, entonces no debería aplicarse.

Baker, con acierto, sintetiza las consecuencias de tener conceptos derrotables en tres puntos³³:

1. La carga de probar la excepción recae en aquel que quiera desafiar la aplicación del concepto jurídico sobre la base de que ha ocurrido una condición negativa. Cabe precisar, nuevamente, que no es el caso de que para la aplicación del concepto se demuestre la ausencia de una condición negativa. La carga de la prueba para los conceptos derrotables está típicamente reflejada en la colocación de la carga de la prueba de los procedimientos.
2. La aplicación de conceptos está justificada en instancias bajo la suposición de evidencia total, esto es, asumir que la evidencia relevante declarada es de hecho la única evidencia disponible. Ello dado que nueva evidencia podría calificar hechos como condiciones negativas lo que generaría la derrota. En otros términos: se aplica un concepto en el escenario que no haya evidencia que revisar.
3. Los conceptos no pueden ser definidos usando un esquema *per genus et differentiam*³⁴ en vista de que un concepto solo puede ser explicado empleando condiciones necesarias, pero no suficientes.

Resumiendo lo visto hasta el momento, la derrotabilidad, para Hart, es una característica que se predica de determinado tipo de condiciones de los conceptos jurídicos, más preciso, de cómo funcionan las condiciones negativas. En otros términos, refiere a que la aplicación de un concepto está supeditada a la no concurrencia de condiciones negativas. Este rasgo engloba tres elementos: i) los conceptos jurídicos están sujetos a excepciones; ii) la aplicación de los conceptos jurídicos está condicionado a la estructura de la toma de decisiones jurídicas; y iii) el principal uso de los conceptos jurídicos es adscriptivo y este es derrotable. El punto i) está compuesto, a su vez, por: i.1) una excepción es una condición negativa; i.2) una condición negativa tiene como efecto la exclusión de propiedades (las condiciones positivas); y i.3) no es posible definir un concepto empleando condiciones necesarias y suficientes, pues no se puede determinar de manera previa a un caso el conjunto irrevisable de condiciones de aplicación (lo cual conlleva a que las condiciones positivas por sí solas no puedan garantizar la aplicación del concepto)³⁵. Por su parte, el punto ii) está compuesto por: ii.1) los casos de derrotabilidad se producen en contextos de procesos de toma de

³³ BAKER (1977), p. 32.

³⁴ Este esquema alude a tomar un conjunto de cosas que comparten un mismo rasgo y señalar sus diferentes subclases o especies (explicación por relación entre género-especie).

³⁵ Esta idea se sigue únicamente de i), sino de esta tesis junto con la idea de que los conceptos no son exhaustivamente especificables.

decisiones; y ii.2) la derrota se genera cuando hay un hecho probado que así lo justifica. Finalmente, el punto iii) refiere a: iii.1) la derrotabilidad conceptual se da para usos descriptivos y adscriptivos de los enunciados, pero Hart solo analizó el segundo caso; y iii.2) la derrotabilidad se da a nivel pragmático, es decir, derrotar un uso de las palabras conlleva deshacer lo que hizo (o intentó hacer) con ellas (ya no se adscribe, por ejemplo).

Cabe precisar que la discusión sobre la noción de derrotabilidad conceptual tiene incidencia respecto a la aplicación de normas jurídicas. En efecto, la identificación y aplicación de una condición negativa tiene como resultado que no se aplique una determinada regulación a un determinado tipo de acciones o de hechos. El punto de fondo a ser esclarecido por esta noción está en la configuración de los casos genéricos previstos en el antecedente de las normas³⁶.

Además de ello es menester anotar que la noción de derrotabilidad hartiana tiene dos posibles lecturas. Duarte³⁷ resaltó que Hart empleó el término de manera ambigua y que su propuesta se puede descomponer en dos tesis sobre la derrotabilidad: i) derrotabilidad como juicios no definitivos; y ii) derrotabilidad en sentido estricto.

La derrotabilidad como juicios no definitivos refiere a que nuestra comprensión sobre evento (discutido en un proceso judicial) puede ser desafiada, lo cual incide en los conceptos que usemos para entenderlo. Ejemplifiquemos a efectos de claridad: un querellante requiere la aplicación del concepto robo señalando «Víctor robó» en un determinado momento que entenderemos es el tiempo T1. Luego de ese momento recopilamos información y ello nos lleva a entender de mejor manera lo sucedido. Sucede que Víctor proviene de una comunidad que no contempla la idea de propiedad privada y que al ver objetos de primera necesidad consideró que estaba en plena facultad para tomarlo, lo cual nos lleva a rechazar la idea de que robó dado que hubo un error cultural (este sería el momento T2). Finalmente, esto nos lleva a derrotar el requerimiento existente en T1 dando una nueva decisión: «Víctor tomó algo que no es suyo por error cultural» (este sería el momento T3).

De esta forma, la adición de información en el momento T2 hace inviable la aplicación del concepto «robo» por averiguarse un hecho que opera como condición derrotante. Cabe precisar que esta condición derrotante o bien ya había sido identificada como tal, o bien fue creada por el aplicador del derecho en un acto de creación judicial del derecho. De esta forma, este sentido de derrotabilidad refiere a la posibilidad ir revocando, dentro de un mismo contexto de toma de decisiones, los juicios no definitivos sobre la aplicación de un concepto jurídico³⁸.

El segundo sentido de derrotabilidad identificado por Duarte, la derrotabilidad en sentido estricto, refiere a la relación entre las circunstancias que generan una derrota y las decisiones de aplicación de conceptos, sean estas finales o no. De esta forma, desde esta forma de conceptualizar la derrotabilidad, de lo que se está dando cuenta es de los efectos que posee una condición negativa para la aplicación de un concepto (lo que líneas atrás se denominó el efecto excluidor).

En breve, para el primer sentido la derrotabilidad da cuenta del impacto de incorporar nueva información dentro de una estructura de toma de decisiones (lo que pensábamos era X, en verdad era Y tras la información ofrecida por la contraparte). En cambio, el segundo sentido de la derrotabilidad refiere a la relación de las circunstancias derrotantes y la toma de decisiones, es decir, al rasgo excluidor que poseen las condiciones negativas de los conceptos. Hart emplea ambos

³⁶ Agradezco a uno de los árbitros de esta revista por apuntar la necesidad de precisar este punto.

³⁷ DUARTE (2015), pp. 24-32.

³⁸ Sobre este punto, como ya habíamos indicado, la derrotabilidad operaría como *prima facie* (entendida como cancelabilidad epistémica o pérdida de relevancia por obtención de nueva información) sujeta a que la conclusión contenida en la parte resolutoria sea *all things considered* por agotamiento de la información relevante o por clausura del debate.

sentidos, pero la noción de condición derrotante es mejor capturada por el segundo sentido, pues lo característico no son las reglas procedimentales de la toma de decisiones, sino su operatividad al ser identificada en un caso concreto. Además, este sentido de derrotabilidad generaría un mayor rendimiento explicativo sobre la derrota de conceptos en contextos no institucionalizados (o, como veremos más adelante, para explicar su empleo dentro de la propuesta adscriptivista de los enunciados de acción).

Respecto al primer sentido (derrotabilidad como juicios no definitivos), he de resaltar que se podría seguir distinguiendo. Por un lado, tendríamos la derrotabilidad conceptual generada por el sistema adversarial y por otro lado la derrotabilidad conceptual dada por la revisión de las decisiones. El primero se generaría por las reglas de distribución de la carga de la prueba, en cambio, el segundo se da por efecto de la posibilidad de apelar las decisiones y que una instancia superior revoque la corrección de la aplicación de un sentido.

La derrotabilidad como juicios no definitivos y la derrotabilidad en sentido estricto, además de enfocarse en elementos diferentes, pueden llevar a reconstrucciones distintas sobre qué es lo que se está derrotando. Por ejemplo, como manifestación del primer sentido (derrotabilidad como juicios no definitivos), Claudia Blöser³⁹ propone explicar la propuesta de conceptos derrotables de Hart mediante una estructura *default-challenge*. De acuerdo con ella, las condiciones positivas son condiciones por *default*, en el sentido que de presentarse en un caso concreto y de no ser cuestionadas, entonces el concepto jurídico se aplica por defecto. Puede ocurrir que en un caso particular la aplicación sea cuestionada, esto es, que se den razones para la no aplicación por defecto. Estas serían las condiciones negativas o, como ella las llama, las condiciones para *challenge*.

Una condición para *challenge*, como ya hemos visto, parte de que se han satisfecho las condiciones por *default*, pero a pesar de ello, no se debe seguir la aplicación del concepto. De esta forma, si un demandante satisface las segundas y el demandando no logra demostrar las primeras, entonces se aplica el concepto. La propuesta hartiana, bajo esta aproximación, tendría el siguiente esquema: si una persona P respecto al concepto A cumple con las condiciones por *default*, se adscribe P a A, a menos que exista indicación de que una condición para *challenge* se sostiene.

Esta reconstrucción que entiende la derrotabilidad como la posibilidad de ofrecer contraargumentación que revoque la aplicación del concepto (en este caso, que impida la aplicación por defecto) tiene consecuencias relevantes. Sería más preciso hablar de decisiones derrotables, pues lo que genera tal derrotabilidad es el proceso de aplicación del concepto que sigue un patrón *default-challenge* y no un rasgo de los conceptos.

Finalizo este apartado con la crítica más clara y directa que se le ha formulado a esta propuesta de Hart: ¿es imposible analizar los conceptos jurídicos empleando condiciones necesarias y suficientes? Si empleáramos este tipo de estructura lo señalado hasta el momento podría ser representado de la manera «Si P, a menos que E, entonces C». Hart no está tratando de negar esta posibilidad, ni está señalando que de esta forma no podamos analizar un concepto. Lo que está señalando es que esta estructura de definición es profundamente engañosa⁴⁰, pues no permitiría explicar el uso típico de un concepto: la adscripción. Como señalábamos líneas atrás, el juez al

³⁹ BLÖSER (2013), p. 131.

⁴⁰ «But to insist on this as the "real" explanation of the actual procedure of the courts in applying the defeasible concept of a contract would merely be to express obstinate loyalty to the persuasive but misleading logical ideal that all concepts must be capable of definition through a set of necessary and sufficient conditions». HART (1948-1949), p. 178.

indicar «esto es un contrato» está tomando una decisión y atribuye, no describe hechos. La especificación de condiciones no es adecuada para capturar este uso⁴¹. Profundicemos esta arista.

John Leslie Mackie consideró que la propuesta de Hart, a pesar de sus esfuerzos por rechazarla, está pensada a partir de un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para la aplicación de conceptos jurídicos. Considera que hay rasgos positivos, A y B, por ejemplo, que son necesarios y en caso de ausencia de una excepción, suficientes para que se de un contrato. Las posibles excepciones serían K, L, M, N. De ello se sigue que el término complejo A.B.–K.–L.–M.–N sería una condición necesaria y suficiente para un contrato⁴². En otros términos, la negación de una excepción sería una condición positiva para la aplicación del concepto.

En un sendero similar, Baker considera que las condiciones a ser incluidas en la cláusula «a menos que...» pueden ser reemplazadas por una condición positiva (por ejemplo, consentimiento verdadero, completo y libre como condiciones positivas para aplicar el concepto «contrato»), de manera que podamos presentar un antecedente sin excepciones. En breve, sostiene que no es claro cómo distinguir entre condiciones positivas y negativas⁴³.

La precisión que nos interesa de Baker es que para Hart la ausencia de condiciones derrotantes no puede ser condición necesaria para la aplicación de un concepto. Sobre esto, Duarte pregunta ¿si la presencia de cualquier excepción previene de la decisión pretendida por el demandante, no es el caso que la ausencia de una excepción sea una condición necesaria de la corrección de la decisión a favor del demandante, y la presencia de una excepción es precisamente la ausencia de una condición necesaria⁴⁴?

En otros términos, siguiendo a Duarte, para Hart podemos identificar las condiciones necesarias, pero no todas las condiciones son suficientes. Una decisión a favor del demandante es aquella tomada en ausencia de excepciones y la presencia de una excepción es condición suficiente para una decisión a favor del demandado. Pero de esta forma, la ausencia de una excepción es condición necesaria para la decisión a favor del demandante. Con relación al concepto «contrato», por ejemplo, la ausencia de coacción sería una condición necesaria para decidir favorablemente a favor del demandante de la aplicación de este concepto. Esto quiere decir que la negación de cada excepción puede ser incorporada en las condiciones positivas⁴⁵.

El punto es crítico, pues de esta forma la propuesta hartiana colapsa en el propio punto que pretende negar: señalar que las condiciones derrotantes son elementos suficientes para no aplicar un concepto se traduce en que la ausencia de ellas es condición necesaria para la aplicación⁴⁶. Lo que es decir que se pueden formular condiciones necesarias y suficientes para la aplicación de los conceptos, incluso en un plano adscriptivo.

⁴¹ Cabe reiterar que un enunciado puede tener un uso adscriptivo o descriptivo, no ambos a la vez, pero usar uno no implica la imposibilidad del uso del otro. Hart expresa: «sentences like “This is mine”, “This is yours”, “This is his” can be used simply as descriptive statements to describe things by reference to their owners». HART (1948-1949), p. 186.

⁴² MACKIE (1955), p. 146.

⁴³ BACKER (1977), p. 33.

⁴⁴ DUARTE (2015), p. 18.

⁴⁵ DUARTE (2015), pp. 49-50. Cabe resaltar que Duarte formula una tesis propia sobre las excepciones a partir de estas críticas a Hart que no será explorada en el presente artículo por escapar de nuestro objetivo.

⁴⁶ Chiassoni, en este mismo sentido, sostiene que las propiedades positivas establecen condiciones necesarias las cuales para que funcionen, todas las cosas consideradas, como condiciones suficientes para la aplicación de un concepto, se requiere que estén acompañadas por la ausencia de negativas. Una condición negativa, de esta forma, de estar presente, prevalecerá sobre las condiciones necesarias (las derrotarían) haciendo del concepto inaplicable al caso. CHIASSONI (2012), p. 283.

3. Derrotabilidad y *open texture*

En las siguientes líneas voy a abordar, de forma breve, la noción de *open texture* propuesta por Hart a efectos de analizar si está pensando en la misma idea de derrotabilidad o si esta es una noción diferente. Dicho concepto, el cual fue inicialmente formulado por Frederick Waismann en su artículo «*Verifiability*»⁴⁷, fue empleado de manera ambigua, por lo que empezaremos por identificar los diversos sentidos propuestos y luego identificaremos sus conexiones con la derrotabilidad.

No pretendo ser exhaustivo respecto al debate sostenido sobre la viabilidad de la tesis hartiana de *open texture*, mi propósito es más austero: analizar si hay o no vínculos entre la *open texture* y la derrotabilidad.

3.1. *Open texture* de Frederick Waismann

Frederick Waismann acuñó el término *open texture* para referir a los problemas de vaguedad potencial de las palabras. Este autor fue un cercano colaborador de Wittgenstein, enfocándose en la discusión propuesta sobre este último (en relación al punto que nos interesa) sobre la conexión entre significado y circunstancias inusuales (de manera más precisa, aborda la pregunta sobre cómo las circunstancias inusuales pueden alterar el significado y su comprensión)⁴⁸. Es en este contexto que las ideas de Waismann forman parte de una discusión sobre el método de verificación y las dificultades que este puede generar.

El método de la verificación, como lo propone Waismann, consiste en establecer una conexión entre dos enunciados de manera que de un enunciado se siga otro enunciado que lo describe (crea una regla de inferencia entre ellos). Para ilustrar el punto el autor nos propone que imaginemos una bola de metal y la tarea de averiguar si dicha bola está o no cargada de electricidad. Para hacerlo tendríamos que emplear un electroscopio y si vemos que las hojas de oro se mueven emitiremos el enunciado «las hojas de oro del instrumento divierten». Al hacer esta descripción se hace una verificación del enunciado «la bola está electrificada», es decir, hemos creado una regla de inferencia que me permite pasar del enunciado «la bola está electrificada» a otra que describe la situación observable. Esta propuesta pretendería dar cuenta de la manera en que son usados los conceptos empíricos⁴⁹.

Uno de los principales problemas de este método es la deficiencia de nuestro conocimiento de la realidad o de la imposibilidad de tener definiciones totalmente completas⁵⁰. Como bien señala Carrió⁵¹, es iluso pensar que los criterios de uso de las palabras están plenamente determinados, pues solo pueden considerarse como propiedades excluidas de un término aquellas propiedades o características posibles que fueron consideradas, pero no podemos decir ello de las que no fueron valoradas. Aquellas propiedades no consideradas no están excluidas, cuando estas se presenten lo que hacen es generar dudas respecto a la forma en que hemos construido el conjunto de propiedades para la aplicación del concepto.

Waismann nos pone el siguiente ejemplo: pensemos que se nos pide verificar el enunciado «hay un gato al lado». Para ello, voy al cuarto de al lado y veo que hay algo que estaría dispuesto llamar gato. Además de ello, lo he tocado y oído maullar, todo lo cual parece confirmar que estoy

⁴⁷ WAISMANN (1968), p. 41.

⁴⁸ BIX (2012), p. 194.

⁴⁹ WAISMANN (1968), pp. 39-40.

⁵⁰ LIFANTE (1997), p. 290.

⁵¹ CARRIÓ (2011), p. 35.

frente a un gato. ¿Qué pasaría si la criatura empieza a crecer a un tamaño gigantesco o si además verifico que tiene la capacidad de revivir de entre los muertos? ¿continuaría siendo un gato⁵²?

El problema consiste en que no podemos delimitar todas las aristas de los conceptos. Cabe la posibilidad inevitable de que exista una situación imprevista que motive a modificar nuestra definición. No hay definición precisa que evite el lugar de la duda, pues no podemos prever todas las posibles situaciones del mundo existentes y por existir. Este es el punto: con la noción de *open texture* se pretende dar cuenta de la imposibilidad de tener conceptos absolutamente precisados⁵³.

La *open texture*, de esta forma, es distinta a la vaguedad⁵⁴. La primera refiere a la indeterminación potencial de los conceptos⁵⁵. En cambio, la vaguedad alude a la indeterminación actual, es decir, a dudas respecto a si un determinado hecho es subsumible o no en el concepto⁵⁶.

3.2. *Open texture* de H.L.A. Hart

Hart emplea el término *open texture* por primera vez en el capítulo VII de El Concepto de Derecho, publicado en 1961, con una referencia explícita, pero equívoca a Waismann⁵⁷. La idea desarrollada fue la distinción entre un núcleo claro de significado semántico de los conceptos de una zona de penumbra⁵⁸. Posteriormente, en 1970 con la publicación del artículo *Jhering's heaven of concepts and modern analytical jurisprudence*⁵⁹, termina de explicar los diversos sentidos que pretende expresar con este término, texto en el cual, además, adopta por completo las ideas de Waismann.

En El Concepto de Derecho Hart hizo un primer esfuerzo por formular una propuesta a medio camino del formalismo y el escepticismo de reglas, atendiendo a que la argumentación deductiva no sirve, en todas las instancias, para resolver casos particulares en el marco de las reglas

⁵² WAISMANN (1968), p. 41.

⁵³ WAISMANN (1968), p. 41. El término *open texture*, señala el autor, es una traducción propuesta por William Kneale del término en alemán «*Porosität der Begriffe*» cuya traducción directa al español sería «porosidad de los términos».

⁵⁴ Las situaciones de *open texture* también fueron detectadas por Austin, pero él no profundizó sobre esta. Señaló «“Estar seguro de que es real” no es una prueba contra los milagros o los fenómenos de la naturaleza más que cualquier otra cosa lo es o, *sub specie humanitatis*, lo pueda ser. Si nos hemos asegurado de que es un jilguero, y un jilguero real, y luego en el futuro hace algo asombroso (ex plota, cita a la señora Woolf, o cosas por el estilo), no decimos que estábamos equivocados al decir que era un jilguero, *no sabemos qué decir*». AUSTIN (1975), p. 96. Cursiva agregada.

⁵⁵ Jorge Rodríguez y German Sucar clarifican este punto: «sucede como consecuencia de que a veces no hay reglas que puedan prever todas las situaciones imaginables que, de acaecer, nos harían incluir o excluir las propiedades que delimitan la intensión del concepto en cuestión. Esto es, no se puede prever que no surja una propiedad relevante que modifique el dominio de aplicación del concepto, lo cual equivale a decir que el concepto no tiene un dominio definido». RODRÍGUEZ Y SUCAR (2003), p. 128.

⁵⁶ LIFANTE (1997), p. 290. En términos de Waismann, la *open texture* refiere a que nunca podemos llenar todas las posibles lagunas en las cuales pueda penetrar la duda, esto es, alude a la posibilidad de vaguedad. A diferencia de ello, la vaguedad alude a indeterminación de aplicación o no de un concepto a un caso, pero ambos son fenómenos conocidos y previsibles. La primera no tiene cómo ser remediada (un concepto siempre es corregible). En cambio, la segunda puede ser solucionada dictando reglas más precisas. WAISMANN (1968), p. 42.

⁵⁷ En su nota parte la referencia indicando «La textura abierta de las reglas formuladas verbalmente». Esta parece una indicación problemática, pues el punto de Waismann no era sobre formulaciones verbales, sino sobre problemas del método de verificación a conceptos empíricos.

⁵⁸ Esta propuesta que fue expuesta inicialmente en 1958 en su artículo *Positivism and the Separation of Law and Morals*, pero sin conceptualizarla como *open texture*. En este artículo introduce el ejemplo de la regla que prohíbe llevar un vehículo a un parque público a efectos de ilustrar el punto de que debe haber un núcleo estable de significado y, a la vez, una zona de penumbra para englobar a los casos dudosos a mérito de que las palabras contenidas en las reglas no son obviamente aplicable o inaplicables. Para decir que estos casos son cobijados o no por la regla, ello será producto de una toma de decisión del aplicador del derecho. Sobre esto sigo la traducción contenida en HART (2016), pp. 45-46.

⁵⁹ Emplearé la versión traducida en HART (1994).

generales. Dicho autor parte por postular que el derecho nos sirve para regular la conducta de las personas, para lo cual emplea la legislación y los precedentes jurisdiccionales⁶⁰.

Cada uno de estos medios padece de problemas de indeterminación. Hart abordó principalmente los problemas que ocurren en la legislación y no se ocupó con profundidad de los problemas en materia de precedentes. Atendiendo al objetivo de este artículo, tampoco me ocuparé de abordar con detalle esta segunda tarea pendiente⁶¹.

El punto de Hart es que las reglas emplean términos generales que no son en todo escenario precisos y que existen casos en los cuales su aplicación es dubitativa. Tenemos, por un lado, casos claros en los cuales la aplicación del concepto para clasificar un objeto no genera incertidumbre, pues existe un acuerdo generalizado de que dicho objeto es un ejemplo de aplicación del concepto. Por el otro lado, existen casos en los cuales no hay una convención o acuerdo general que regule si el uso del concepto debe o no clasificar el objeto. Son supuestos en los cuales el lenguaje contenido en la legislación genera que el aplicador del derecho deba elegir entre si se aplica o no el concepto, sin que el resultado por una u otra sea incorrecto⁶². Los primeros serán los casos propios del núcleo semántico y los segundos están en una zona de penumbra.

Para ilustrar el punto Hart nos propone pensar en una regla que prohíba vehículos en un parque. El significado de «vehículo» es aplicado de manera clara (lo que quiere decir que está dentro del espacio semánticamente determinado) a un automóvil. En cambio, será dubitativo pensar si el concepto se aplica al uso de patines en el parque, pues habrá razones tanto a favor como en contra de la aplicación. Si este se aplica será decisión discrecional del aplicador del derecho⁶³. La existencia de estos casos en la zona de penumbra (falta de certeza) es denominada como *open texture* del derecho.

Bajo esta propuesta la zona de penumbra (*open texture*) es inevitable, pues ninguna regla por detallada y precisa que sea puede tener previsto si es aplicable o no en cada caso particular, de modo que se evite una nueva elección en distintas alternativas. Ello dado que tenemos dos problemas constantes: i) imposibilidad de conocer el número de propiedades existentes y sus posibles combinaciones (tenemos ignorancia de hechos); y ii) imposibilidad de conocer nuestros propósitos, como producto de nuestro desconocimiento de las circunstancias posibles de aplicación

⁶⁰ HART (2009), p. 155.

⁶¹ Sobre este punto Bayles identifica tres rasgos del uso de precedentes que se pueden adecuar a su teoría hartiana sobre la indeterminación: i) no existe método para determinar reglas sobre la base de un precedente, aunque las sumillas en los *law reports* suelen ser suficientes para precisar la guía de conducta; ii) no hay elaboración formal de la regla jurisprudencialmente creada, pero una formulación es generalmente aceptada a ser adecuada para cierto tipo de casos; y iii) a pesar de que una regla pueda ser apoyada por precedentes, las Cortes pueden apartarse de ella mediante el *distinguishing* del caso (implica que una característica que previamente era ignorada es agregada a las condiciones de aplicación del término) o llevando a cabo una restricción y precisión de la aplicación de la regla (característica previamente requerida en las condiciones de aplicación es dejada de lado). BAYLES (1992), p. 87. Sobre estos puntos no profundizaremos en el presente artículo, pues no son necesarios para alcanzar nuestro objetivo.

⁶² HART (2009), p. 156.

⁶³ Bayles explica con claridad este punto empleando como ejemplo un concepto *cluster*. Imaginemos que hay una regla que dice que, si una persona se encuentra en la situación S, entonces ella debe realizar la acción A. Supongamos que S tiene cinco características definitorias, de las cuales ninguna es necesaria. S se aplica si cuatro o cinco de estas características están presentes, pero no si solo una o dos están presentes. Si hay tres características presentes, entonces es incierto que una situación sea del tipo S. BAYLES (1992), p. 86. Además de este escenario, la diferencia entre un caso claro y uno no claro puede ser producto, como bien precisa Hart, de vaguedad gradual («A veces la diferencia entre el caso típico claro, o paradigma, del uso de una expresión, y los casos discutibles, es sólo una cuestión de grado»), como sería la paradoja de sorites, o de vaguedad combinatoria («A veces la desviación respecto del caso típico no es una mera cuestión de grado, sino que surge cuando el caso típico es de hecho un complejo de elementos normalmente concomitantes pero distintos, alguno o algunos de los cuales pueden faltar en los casos debatibles. ¿Es un bote volador un “buque”?») HART (2009), p. 5.

(no sabemos cómo regularíamos un hecho impensado)⁶⁴. Como vemos, el uso de *open texture* en Hart se predica la indeterminación tanto de conceptos individuales como de proposiciones.

Hasta el momento la *open texture* hartiana está dando cuenta de dos ideas: i) los conceptos tienen zonas de penumbra, es decir, casos en los cuales un hablante experto del lenguaje tiene dudas respecto si es correcto aplicar o no un determinado concepto a un objeto; y ii) estas zonas de penumbra son resueltas por los aplicadores del derecho, quienes deben tomar la decisión respecto a si aplican o no el concepto.

Esta forma de entender la *open texture* es diferente del sentido empleado por Waismann. La primera refiere a la vaguedad actual, en cambio, el segundo refiere a problemas de vaguedad potencial. La diferencia entre el ejemplo de los patines en el parque de Hart y de la criatura que revive de los muertos con apariencia de gato de Waismann está en que podemos imaginarnos los patines, en cambio, ello no puede ser realizado con la criatura (es impensable que me voy a topar en la calle con un zombi)⁶⁵.

Para intentar eliminar la indeterminación de la regla sobre vehículos el legislador (o el aplicador del derecho vía jurisprudencial) podría haber especificado todas las posibles propiedades imaginables en un espacio-tiempo respecto a la aplicación del concepto (aunque esto es poco plausible). Pero ello solo podrá reducirla, pero no eliminarla, pues siempre quedará la posibilidad de que aparezca un nuevo aspecto no previsto que ponga en duda el concepto e invite a reconsiderar el significado. Es, de esta forma, que Hart tenía en mente (en «El Concepto de Derecho») un problema distinto al de Waismann, pero no totalmente alejado.

Con esta tesis de *open texture* del derecho Hart pretende cuestionar las tesis del realismo jurídico americano. Entre los diversos puntos que aborda, tomemos atención al punto que este autor le atribuye a dicha teoría de negar la existencia de reglas al momento de considerar que no existe tal cosa como un área que circunscriba la *open texture*, pues toda decisión jurisdiccional no está sometida a ningún supuesto claro o indubitable. Hart les imputa a los realistas la idea de que del hecho que no podamos anticipar todos los escenarios posibles de aplicación (una regla sin *open texture*), entonces no hay tal cosa como reglas. Esta tesis es rechazada, pues del hecho de que las reglas tengan excepciones no posibles de ser enunciadas de manera previa y exhaustiva (en el supuesto en el que el resultado de la decisión ante un caso de indeterminación sea la no aplicación del concepto) no se sigue que no haya supuestos claros de aplicación. Una regla que concluye con la expresión «a menos que» sigue siendo una regla⁶⁶.

De acuerdo a lo expuesto hasta el momento, se ha criticado la tesis de que los conceptos jurídicos son precisos y cerrados, en el sentido de que puedan ser reconstruidos mediante condiciones necesarias y suficientes, de manera que ante todo caso individual (real, ficticio, presente o futuro) se pueda decir con certeza si es un ejemplo o no del concepto jurídico⁶⁷. Esto solo podría hacerse por un ser que tenga conocimiento de un mundo en el que las propiedades son y serán siempre finitas y cognoscibles, un espacio en el que todo es conocido y especificado en una regulación. Pero, como bien señala Hart, las personas no somos dioses ni tenemos este conocimiento de todas las posibles combinaciones que en el futuro pueden presentarse. De nuestro desconocimiento se sigue que los conceptos son abiertos (la lista de propiedades que los componen

⁶⁴ LIFANTE (1997), pp. 281-282; HART (2009), p. 160.

⁶⁵ En este punto sigo a SCHAUER (2013a), p. 202.

⁶⁶ HART (2009), pp. 172-173.

⁶⁷ HART (1994), p. 113.

no está clausurada, es revisable) y que cuando surja un caso no previsto hemos de tomar una decisión nueva, lo cual nos puede llevar a reelaborar nuestro concepto jurídico⁶⁸.

Al respecto, volvamos al problema de la indeterminación de propósitos, entendida como la incertidumbre sobre qué postura regulativa hubieran tenido los legisladores ante un hecho futuro imprevisible o impensado. Frente a este problema, sostiene Hart⁶⁹, podríamos adoptar una actitud de «congelamiento» del significado, esto es, asumir como determinadas y ciertas algunas condiciones y que cada vez que estas se presenten ello sea suficiente para que el caso individual es una ejemplificación del concepto, con independencia de cualquier otra propiedad que el caso pueda tener. En otros términos, asumir ciegamente el significado que se posee y tratar como irrelevante cualquier circunstancia que pueda presentarse en el futuro⁷⁰.

Este punto muestra el carácter reflexivo de la vaguedad al momento de considerar si un caso es o no vago⁷¹. La identificación de casos límite o en la zona de penumbra obedece a criterios valorativos mediante los cuales creamos la duda de aplicar un concepto a un objeto. Dichos criterios también pueden padecer de vaguedad o de casos de penumbra. En otros términos, que califiquemos que un caso está en zona de penumbra es producto de aplicación de criterios que son susceptibles, a la vez, de padecer de la misma indeterminación. Hart, en este sentido, estaría dando cuenta de que podemos decidir permitir esta duda (admitir reflexión) o bien clausurarla (congelar el significado o restringir la reflexión).

Finalmente cabe precisar que Hart empleó un nuevo sentido de *open texture* en *Jhering's heaven of concepts and modern analytical jurisprudence*, ampliando el abanico de posibles sentidos atribuibles a dicho término. En este artículo el autor retoma la crítica a quienes postulan la idea de conceptos compuestos por condiciones necesarias y suficientes, ahora enfocándose tanto en el realismo jurídico americano como en la tesis de la jurisprudencia de conceptos. En este contexto el punto a resaltar es que Hart señala que no es posible eliminar el problema de no poder construir reglas lingüísticas adecuadas para todas las posibilidades, pues no hay manera de delimitar los conceptos en todas las direcciones habidas y por haber. Esta idea, señala expresamente el autor, fue propuesta por Waismann bajo los términos *Porosität der Begriffe*, traducidos al inglés como *open texture*⁷². En otras palabras, además de reiterar la idea de vaguedad semántica y de la distinción entre núcleo y zona de penumbra de los conceptos, el término *open texture* también incluye (ahora adecuadamente citado) la noción construida por el autor vienés.

De esta forma, la expresión *open texture* en Hart es sumamente ambigua: i) refiere a problemas de vaguedad actual; ii) es una metáfora para dar cuenta del poder de creación del derecho por parte de los aplicadores del derecho en casos de zona de penumbra (en casos de penumbra el juez puede o no puede aplicar el concepto); y iii) refiere a problemas de vaguedad potencial. Tanto el sentido i) y iii) refiere a problemas del lenguaje natural, el sentido ii) refiere a situaciones en las que un juez puede actuar discrecionalmente para aplicar o no un determinado concepto.

⁶⁸ HART (1994), p. 114.

⁶⁹ HART (2009), pp. 160-161; HART (1994), pp. 114-115.

⁷⁰ Sobre esto Hart advierte «[e]sta técnica nos forzaría a incluir en el campo de aplicación de una regla casos que desearíamos excluir para llevar a cabo propósitos sociales razonables, y que los términos de textura abierta [*open texture*] de nuestro lenguaje nos habrían permitido excluir si los hubiéramos dejado definidos de una manera menos rígida. La rigidez de nuestras clasificaciones entrará así en conflicto con los propósitos que nos animan al tener o preservar la regla». HART (2009), p. 162.

⁷¹ POSCHER (2012), p. 129.

⁷² Hart en este punto cita un ejemplo propuesto por el propio Waismann para ilustrar el contenido del concepto creado, lo cual pone de manifiesto el estar adoptando dicho sentido como contenido del término *open texture*. HART (1994), pp. 118-119.

3.3. *Open texture* y derrotabilidad

¿Cuándo Hart habla de la derrotabilidad de los conceptos jurídicos está hablando de algo diferente de lo que después llama *textura abierta*? El concepto de derrotabilidad propuesto por Hart no es intercambiable con *open texture* (en ninguno de los sentidos propuestos).

La noción de derrotabilidad en Hart propuso discutir que no todas las condiciones que componen el antecedente de la regla de uso de un concepto se comportan de la misma manera: hay condiciones que, de ser verificadas, justifican la calificación de un objeto como una instanciación de un concepto y otras que, de ser verificadas, entonces no está justificada dicha aplicación. Característica que puede ser descrita como el efecto de incorporar nueva información al proceso (derrotabilidad como juicio no definitivo) o como un efecto excluidor que poseen ciertas condiciones (derrotabilidad en sentido estricto). Bajo la propuesta de reconstrucción que he formulado en líneas anteriores, el carácter de lista abierta o cerrada de estas condiciones no es un elemento definitorio del carácter derrotable de los conceptos jurídicos.

Con la noción de *open texture* a Hart lo que le preocupa (dicho de manera muy breve), es el problema de que las reglas de uso de un concepto, por definición, no están compuestas por un conjunto de condiciones necesarias y suficientes determinado para todos los casos actuales y futuros. Con esta propuesta lo que pretende señalar es que no podemos conocer *ex ante* para todos los casos cuál es el antecedente de la regla de uso de un concepto.

Los distintos sentidos de *open texture* hartianos (dentro de las cuales incluyo el sentido propuesto por Waismann), refieren a un problema de indeterminación conceptual generado por la vaguedad actual o potencial del lenguaje con el expresamos nuestros conceptos. Es decir, a una situación de indeterminación en la relación entre los conceptos y los objetos que designamos con esos conceptos.

Veamos cada uno de los sentidos de *open texture* contrastado con la noción de derrotabilidad a fin de explicitar lo más posible esta distinción conceptual.

Derrotabilidad como juicio no definitivo y open texture como vaguedad potencial. La noción de derrotabilidad, entendida de esta forma, da cuenta de nuestras calificaciones a un objeto en escenarios de información incompleta. En caso nuestra información (en el contexto de un proceso jurisdiccional) sea revisada a efectos que el decisor ahora tenga en cuenta que el objeto posee rasgos que lo descalifican para que se le aplique ciertos conceptos, entonces podremos decir que nuestra calificación ha sido derrotada. En el caso de la vaguedad potencial, en cambio, es un problema del lenguaje, por lo tanto, es un rasgo necesario de los conceptos jurídicos. Este concepto refiere a la evaluación de si una propiedad (no antes considerada para definir el concepto) debe o no ser relevante. Si bien ambas nociones están vinculadas entre sí por su objeto de estudio (los conceptos jurídicos), cada una de estas da cuenta de rasgos distintos. Como bien anota Brian Bix, los criterios para justificar una conclusión con respecto a la aplicación de un término empírico pueden ser derrotados por evidencia adicional que manifieste casos extremadamente raros, pero no colapsan entre sí⁷³. La vaguedad potencial refiere a la idea de incertidumbre (o de la irremediable indeterminación para ser más claro), en cambio, la derrotabilidad se basa en cómo opera una condición negativa ya identificada. Para ser más preciso, la diferencia está en que la derrotabilidad da cuenta del descarte de una calificación conceptual por demostrarse incorrecta y la vaguedad potencial de que las constantes redefiniciones de nuestros conceptos conforme pasan el tiempo.

⁷³ BIX (2012), p. 200.

Derrotabilidad como juicio no definitivo y open texture como vaguedad actual. Bajo este sentido, la *open texture* refiere a las zonas de penumbras de aplicación de conceptos (que conduce a la creación del derecho por parte de los jueces) y como tal es un problema contingente. De acuerdo con esta, ante casos de vaguedad los aplicadores del derecho pueden o bien aplicar el concepto asumiendo que la duda invita a la aplicación del concepto, o bien pueden no aplicar el concepto. Bajo este sentido de *open texture* se crean, jurisprudencialmente, las condiciones positivas y negativas. Derrotabilidad, desde esta aproximación, resultaría una descripción de cómo operan estas condiciones negativas (son excepciones tanto para el caso que se está resolviendo como para el resto de casos futuros)⁷⁴. Dicho de otro modo, este sentido de *open texture* da cuenta de un problema valorativo a efectos de calificar si un determinado objeto califica o no dentro de un concepto (el cual es resuelto mediante una decisión discrecional). Nuevamente, el problema aquí es de determinación de la relevancia de una propiedad a efectos de que sea incluida o no en el antecedente de la regla de uso del concepto (a manera de especificación), pero ello es una dificultad distinta a la derrotabilidad, la cual da cuenta de un problema sobre información sobre el objeto a ser calificado y no de cómo debemos definir un concepto o de indeterminación de los elementos que definen un concepto. En otros términos, la vaguedad refiere a un problema de las definiciones de un concepto y la derrotabilidad (como juicio no definitivo), en cambio alude a un problema sobre cambios en la información disponible que tenemos sobre un objeto (de manera que teniendo más información cambiaría la calificación conceptual).

Derrotabilidad como juicio no definitivo y open texture como metáfora sobre el poder de creación del derecho. Este sentido de *open texture* da cuenta de los escenarios en los cuales estamos dispuestos a renunciar a la posibilidad de zonas de penumbra (siguiendo el ejemplo de Hart, cuando no estamos dispuestos a congelar los significados). En este sentido, refiere a los casos de vaguedad que son solucionados incorporando nuevas propiedades al antecedente de la regla de uso de un concepto. Implica, por tanto, una renuncia a una concepción formalista del derecho. Como podemos ver, este es un rasgo distinto al problema de la información disponible que tenemos de un objeto a ser calificado conceptualmente.

*Derrotabilidad en sentido estricto y open texture como vaguedad potencial y actual*⁷⁵. Bajo esta forma de entender la noción de derrotabilidad se da cuenta del efecto excluidor que poseen las condiciones negativas de los conceptos. Esto parte por asumir que hemos identificado qué propiedades posee el concepto y hemos hecho una calificación de cuales son propiedades positivas y cuales negativas. Este es un aspecto diferente a aquello que se da cuenta con la noción de *open texture* (entendida como vaguedad y vaguedad potencial) la cual refiere a un problema de los lenguajes naturales. En efecto, una condición positiva o negativa puede ser vaga o, dicho de otro modo, la vaguedad no tiene porque tener como resultado una propiedad que excluya la aplicación del concepto. Lo que pretende esclarecer la derrotabilidad, en cambio, es qué efecto tiene la verificación de las condiciones negativas. Dicho de otro modo, la derrotabilidad no es un problema de vaguedad de relevancia de las propiedades, sino de aplicación de propiedades a un objeto.

Derrotabilidad en sentido estricto y open texture como metáfora sobre el poder de creación del derecho. El efecto excluidor de las propiedades negativas del antecedente de una regla de uso de un concepto es una característica diferente al margen de discrecionalidad que poseen los jueces para crear nuevas propiedades en casos de zonas de penumbra. En este punto la diferencia está entre la aplicabilidad de los conceptos y la creación de nuevas propiedades en los antecedentes de

⁷⁴ Para una opinión en contrario ver BOONING (1966), p. 375.

⁷⁵ Vinculo la potencial y la actual, pues la diferencia conceptual es la misma para ambas nociones.

reglas de uso de conceptos (significado relevante para contextos jurídicos). En efecto, con cada concepto se están esclareciendo aspectos distintos de las decisiones de los aplicadores del derecho.

Dicho en breve, la noción de derrotabilidad refiere o bien a la revisión de información dentro de un proceso de toma de decisiones (por lo ofrecido por la parte demandada en un sistema adversarial o en revisión de sentencias) o bien al efecto de oposición generado por las condiciones negativas de un concepto respecto a las propiedades positivas. En cambio, las distintas versiones de *open texture* hartiana (dentro de las cuales incluimos el sentido propuesto por Waismann), refieren a un problema de indeterminación conceptual generado por la vaguedad actual o potencial del lenguaje con el expresamos nuestros conceptos. Es decir, a una situación de indeterminación en la relación entre los conceptos y los objetos que designamos con esos conceptos.

Otra forma de diferenciar entre las nociones de derrotabilidad y *open texture* (en sus diversos sentidos) en la propuesta hartiana es el tipo de operaciones que dan cuenta para que surjan en un caso y qué debemos hacer para resolverlas. Veamos cada supuesto:

Los dos sentidos de derrotabilidad comparten el presupuesto del problema de aplicación de un concepto a un caso concreto en el contexto de un proceso institucional de toma de decisiones jurídicas. La diferencia entre cada sentido está en exactamente qué aclara: en el caso de la derrotabilidad como juicio no definitivo lo que pretende esclarecer son los efectos de incorporar nueva información, en cambio, la derrotabilidad en sentido estricto aclara la operatividad de una condición negativa en caso se haya verificado en un caso concreto. Ambos sentidos son verificables en cualquier proceso adversarial.

Las diferentes nociones de *open texture*, a diferencia de ello, no aclaran el empleo de un concepto jurídico, necesariamente, en el contexto de un proceso institucional de toma de decisiones jurídicas. En el caso de la vaguedad (potencial y actual) ellas dan cuenta de un problema del lenguaje natural, por lo que pueden ser vistos en cualquier tipo de análisis que hagamos de un concepto (el análisis de un dogmático, por ejemplo). En el caso de la metáfora sobre la creación del derecho por los jueces, ella da cuenta de un tipo de poder que poseen los jueces, pero no necesariamente de cualquier proceso sino uno donde la práctica jurídica no sea formalista.

4. Conclusiones

La derrotabilidad y de *open texture* son dos conceptos diferentes que no deben ser confundidos entre sí, pues cada uno de estos refiere a aspectos y problemas distintos (y reciben críticas teóricas distintas). En otros términos, la derrotabilidad posee valor cognitivo independiente al de *open texture*, en los diversos sentidos adoptados por Hart. La *open texture* refiere a cómo son creadas las propiedades de los conceptos a efectos de excluir casos individuales de la aplicación del concepto.

A diferencia de ello, la noción de derrotabilidad conceptual de Hart fue elaborada para dar cuenta de la operatividad de las condiciones que componen los antecedentes de las reglas de aplicación de los conceptos jurídicos. En otros términos, explica los efectos que poseen las condiciones negativas (excepciones) en caso que se hayan probado en un proceso de toma de decisiones. El rendimiento explicativo de esta propuesta está en reconstruir cómo operan las excepciones al momento de aplicar conceptos, sean estas explícitas o implícitas. Su principal problema, en relación a esta arista, es que no nos ofrece criterios para identificar qué condiciones operan como excepciones, lo que conduce a que no tengamos forma de diferenciar una condición positiva de aplicación de las negativas (en otros términos, no podemos saber empleando esta tesis qué hace a la presencia o ausencia de un hecho que sea un requisito o un supuesto de excepción).

De tal manera que nos explica cómo funciona un elemento estructural de los conceptos. Conforme lo señalado, no podemos saber con precisión cuando estamos frente a ellos, por lo que la tesis de la derrotabilidad de los conceptos jurídicos no se sostiene.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARENA, FEDERICO (2008): “La identificación de la acción individual”, en: *Revista Analisi e Diritto*, pp. 203-227.

AUSTIN, J.L. (1975): *Ensayos Filosóficos* (Traducc. Alfonso García Suárez, Madrid, Revista de Occidente).

_____ (1981): *Sentido y percepción* (Traducc. Alfonso García Suárez y Luis Valdes Villanueva, Madrid, Tecnos).

BAKER, G.P. (1977): “Defeasibility and Meaning”, en: Hacker, P.M.S. y Raz, Joseph, *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart* (Oxford, Clarendon), pp. 26-57.

BAYLES, MICHAEL (1992): *Hart’s legal philosophy, an examination* (Dordrecht, Kluwer Academic Publishers).

BIX, BRIAN (2012): “Defeasibility and Open Texture”, en: Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista, *The logic of legal requerimientos, essays on defeasibility* (Oxford, Oxford University Press), pp. 193-201.

BLÖSER, CLAUDIA (2013): “The defeasible structure of ascriptions of responsibility”, en Blöser, Claudia; Janvid, Mikael; Matthiessen, Hannes Ole y Willaschek, Marcos, *Defeasibility in philosophy, Knowledge, agency, responsibility, and the law* (Amsterdam, Editions Rodopi), pp. 129-150.

BOONIN, LEONARD (1966): “Concerning the defeasibility”, en: *Philosophy and Phenomenological Research* (Vol. 26, Nº 3), pp. 371-378.

CARRIÓ, GENARO (2004): “Nota preliminar”, en: Hohfeld, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales* (México D.F., Fontamara), pp. 7-24.

_____ (2011): *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).

CHIASSONI, PIERLUIGI (2012): *Desencantos para abogados realistas* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

DUARTE D’ALMEIDA, LUIS (2007): “Description, ascription, and action in the criminal law”, en: *Ratio Juris* (Vol. 20, Nº 2), pp. 170-195.

_____ (2015): *Allowing for exceptions. A theory of defences and defeasibility in law* (Oxford, Oxford University Press).

FEINBERG, JOEL (1979): *Doing and deserving, Essays in the theory of responsibility* (Princeton, Princeton University Press).

GEACH, PETER (1960): "Ascriptivism", en: *The Philosophical Review* (Vol. 69, Nº 2), pp. 221-225.

GONZALEZ LAGIER, DANIEL (2013): *Las paradojas de la acción*, 2ª edición (Madrid, Marcial Pons).

HALL, ROLAND (1959): "Excluders", en: *Analysis* (Vol. 20, Nº 1), pp. 1-7.

HART, H.L.A. (1948-1949): "The Adscription of Responsibility and Rights", en: *Proceedings of the Aristotelian Society* (Vol. 49), pp. 171-194.

_____ (1994): "El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna", en: *Casanovas, Pompeu y Moreso, Jose Juan, El ámbito de lo jurídico* (Barcelona, Crítica), pp. 109-126.

_____ (2008): *Punishment and responsibility, essays in the philosophy of law* (Oxford, Oxford University Press).

_____ (2009): *El Concepto de Derecho* (Traducc. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot).

_____ (2016): "El Positivismo y la separación del Derecho y la Moral", en: *Hart, H.L.A. y Fuller, Lon, El debate Hart-Fuller* (Traducc. Jorge González Jácome, Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 19-78.

HART, H.L.A. Y SUGARMAN, DAVID (2005): "Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman", en: *Journal of Law and Society* (Vol. 32, Nº 2), pp. 267-293.

LIFANTE, ISABEL (1997): "La interpretación en la teoría del derecho contemporánea", en: *Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante, Tesis Doctorales*. Disponible en: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/3664/1/Lifante-Vidal-Isabel.pdf> [visitado el 1 de abril de 2019].

LOUI, R.P (1995): "Hart's Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism", en: *Proceedings of the 5th International Conference on Artificial Intelligence and Law* (New York, ACM Press), pp. 21-30.

MACKIE, J.L. (1955): "Responsibility and Language", en: *Australasian Journal of Philosophy* (Vol. 33), pp. 143-159.

MAÑALICH, JUAN PABLO (2012): "El concepto de acción y el lenguaje de la imputación", en: *Doxa* (Vol. 35), pp. 553-690.

NINO, CARLOS (1987): *Introducción a la filosofía de la acción humana* (Buenos Aires, Eudeba).

PITCHER, GEORGE (1960): "Hart on Action and Responsibility", en: *The Philosophical Review* (Vol. 69, Nº 2), pp. 226-235.

POSCHER, RALF (2012): "Ambiguity and vagueness in legal interpretation", en: Solan, Lawrence M. y Tiersma, Peter M., *The Oxford Handbook of Language and Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 128-145.

RODRÍGUEZ, JORGE Y SUCAR, GERMAN (2003): "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho", en: Rodríguez, Jorge y Bayón, Juan Carlos, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 103-156.

SCHAUER, FREDERICK (2013A): "On the open texture of law", en: Blöser, Claudia; Janvid, Mikael; Matthiessen, Hannes Ole y Willaschek, Marcos, *Defeasibility in philosophy, Knowledge, agency, responsibility, and the law* (Amsterdam, Editions Rodopi), pp. 198-215.

_____ (2013B): *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico* (Madrid, Marcial Pons).

SEARLE, JOHN (1994): *Actos de habla, ensayo de filosofía del lenguaje* (Traducc. Luis Valdés, Buenos Aires, Editorial Planeta).

SNEDDON, ANDREW (2006): *Action and responsibility* (Dordrecht, Springer).

STOECKER, RALF (2007): "Action and responsibility, a second look at ascriptivism", en: Lumer, Christoph y Nannini, Sandro, *Intentionality, deliberation and autonomy, The action-theoretic basis of practical philosophy* (Nueva York, Routledge), pp. 35-46.

WAISMANN, FREDERICK (1968): "Verificability", en: Waismann, Frederick, *How I see philosophy* (Londres, Palgrave Macmillan), pp. 39-66.