

H. L. A. HART,
CRIMINAL LAWYER

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN*

Para el distinguido colega
y fino amigo Jorge Witker

SUMARIO: I. Præludium. II. *La teoría*. III. *Teoría jurídica y dogmática penal*. IV. *Epilogo*. V. *Bibliografía*.

I. *PRÆLUDIUM*

1. Adversum forum

H. L. A. Hart (1907-2004) no es sólo uno de los dos teóricos del derecho más célebres del siglo XX;¹ es, además de filósofo del derecho, autor líder de la filosofía jurídica analítica; fue destacado penalista. Su dedicación al derecho penal se hace en dos direcciones; como abogado (*criminal lawyer*), y como creador de las doctrinas más logradas sobre la justificación de la pena y responsabilidad penal; su dedicación al derecho penal (*criminal law*) no fue espasmódica; por el contrario, fue una constante en la trayectoria de su vida.

* Investigador emérito de la UNAM; investigador emérito del Inacipe; profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM; doctor en derecho (Université de Paris); investigador nacional SNI (desde su creación a la fecha); *visiting scholar*, Oxford University, (G. B.); *Jean Monnet Fellow* (otorgado por la entonces Comunidad Europea), investigador en el Instituto Universitario Europeo, Fiesole de Florencia; miembro del Comité Ejecutivo de la Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie.

¹ Me refiero, *ab obvo*, a Hans Kelsen (1881-1973). La obra de Hart puede considerarse —dice Niel MacCormick—, conjuntamente con la invaluable, erudita y aguda de Hans Kelsen, como una de las más grandes construcciones de la filosofía del derecho del siglo XX; no obstante, la impronta analítica y la formación jurídica de Hart muestran que *The concept of law* es un trabajo de un jurista inglés. Véase MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981, p. 3.

Para entender la concepción del derecho penal de H. L. A. Hart, y sus tesis más relevantes sobre el particular, es menester detenerse en algunos puntos de su teoría, y hacer un previo deslinde conceptual. La ciencia del derecho (*jurisprudence*) tiene como propósito el entendimiento general y sistemático del derecho (*the law*), y este no es sino el conjunto de normas sociales (*social rules*)² que organizan y ordenan las comunidades humanas.

2. Opus vitae (brevis narratio)³

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1994), o simplemente H. L. A. Hart, como se conoce mundialmente, fue brillante exponente de la *Oxford philosophy*, corriente que llegó a ser el estilo dominante de pensar en la Inglaterra de la posguerra. Pero, por encima de sus celebrados logros en el terreno de la filosofía general, Hart es el autor más importante del siglo XX en la filosofía jurídica de habla inglesa y, sin duda, un hombre que transforma la forma de pensar sobre el derecho en todo el mundo, a finales de este siglo.

Hart estudió en Cheltenham College y en Bradford Grammar School; posteriormente, habría de ser recibido en New College, en Oxford University, milenaria universidad en la que habría de dedicar gran parte de su vida. El joven Hart realizó con singular brillantez estudios clásicos, historia antigua y filosofía; y se graduó en 1929. Hart presenta los exámenes de la barra, y es recibido como abogado en 1932; durante los siguientes ocho años practica exitosamente la profesión como *chancery barrister*. Su anhelo era lograr éxito en el ejercicio profesional. Para entonces, fue invitado a New College como tutor en filosofía; sin embargo, decidió continuar ejerciendo.⁴

Su participación en la Segunda Guerra Mundial es insólita. Hart, el filósofo y abogado, ingresa al Servicio de Inteligencia Británico; de esto se comenta poco. Hart, quien no era retraído en sus conversaciones, nunca hablaba de este episodio. En este sorprendente cometido, Hart trabajó con dos connotados filósofos de Oxford: Gilbert Ryle (1900-1976)⁵ y Stuart Newton

² En la tradición del *common law*, el uso de *rule* corresponde al uso de norma, dentro de la tradición continental europea.

³ Seguimos de cerca el libro de MacCormick, Neil, *op. cit.*, y la nota biográfica de Tamayo Valenzuela, José Alberto, *La teoría jurídica analítica y el concepto de derecho de H. L. A. Hart*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1995, pp. 11-18.

⁴ Raz, Joseph, "H. L. A. Hart y el concepto de derecho", trad. de Carlos Verdugo, en Squella, Agustín (ed.), *H. L. A. Hart y el concepto de derecho*, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 28, enero-junio de 1986, pp. 17-32.

⁵ Ryle es la figura líder de la *Oxford philosophy*, o del *ordinary language movement*, filósofo analítico que entiende la investigación filosófica como análisis del lenguaje cotidiano, y limita

Hampshire (1914).⁶ Este contacto con Ryle y Hampshire hace que mantenga interés por la filosofía.⁷

Al fin de la guerra, Hart regresa a Oxford; acepta ser *Fellow* y *tutor* en filosofía en New College. Así, Hart deja la abogacía y emprende una brillante carrera en la vida académica.⁸ En 1952 fue designado *Professor of Jurisprudence*. En su lección inaugural: *Definition and Theory in Jurisprudence*,⁹ pronunciada el 30 de mayo de 1953, Hart, ya una celebridad, deviene *infamis*¹⁰ a los ojos de muchos juristas y teóricos del derecho cuando revisa las viejas controversias sobre la naturaleza de los conceptos jurídicos, bajo la perspectiva de la filosofía del lenguaje contemporánea.

La tesis medular de Hart es que los juristas, antes de “construir teorías”, deben analizar el lenguaje jurídico que se usa en la práctica del derecho; no tardaron en presentarse las reacciones; no obstante, Hart insiste en que el punto de partida del estudio del derecho, sin duda, debe comenzar con un cuidadoso análisis del lenguaje de los juristas.¹¹ Esta reacción, proveniente de los iusnaturalistas, es común, se presenta siempre que se produce un claro deslinde del concepto del derecho. Esta es la reacción que enfrentó la *Teoría pura del derecho*; a este respecto, el propio Hart señala: “comparto con (Kelsen) la convicción de que una tarea central de la filosofía del derecho es explicar la fuerza normativa de las proposiciones jurídicas que ocurren, tanto en la literatura jurídica académica, como en el discurso de jueces y abogados”.¹²

la tarea de la filosofía a disipar la perplejidad filosófica que deriva de la equivocidad de la estructura del lenguaje. Su libro *The concept of mind* se ha convertido en un clásico moderno; fue editor de la célebre revista *Mind* de 1949 a 1971. Véase “Ryle, Gilbert”, *Encyclopedia Britannica CD2000*, Chicago, Encyclopædia Britannica, 1994-2000; Vattimo, Gianni (ed.), *Enciclopedia Garzanti di filosofia*, Milán, 1985, p. 814.

⁶ Hampshire es un importante exponente de la filosofía analítica contemporánea; sostiene la necesidad de recuperar un tipo de filosofía sistemática para individuar las nociones estructurales que subyacen necesariamente a todo tipo de discurso. Véase Vattimo, Gianni, *op. cit.*, pp. 387 y 909.

⁷ MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 2; Raz, Joseph, “H. L. A. Hart...”, *cit.*, p. 17.

⁸ MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 2.

⁹ Oxford, 1953. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 21-48. La reimpresión tiene un breve *prostrscript*; existe versión en español de Genaro R. Carrió, “Definición y teoría en la ciencia jurídica”, en Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 93-138.

¹⁰ Tamayo Valenzuela, José Alberto, *La teoría jurídica analítica...*, *cit.*, p. 13.

¹¹ “Analytical Jurisprudence in the mid-twentieth century: a replay to professor Bodenheimer”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, 1957, p. 953; véase MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 3.

¹² “Introduction”, en Hart, H. L. A., *Essays in jurisprudence...*, *cit.*, p. 18.

En 1959, Hart publica conjuntamente con Anthony M. Honoré (nuestro inolvidable maestro de derecho romano en Oxford), *Causation in the law*.¹³ En esta obra, los autores muestran con claridad el método para esclarecer términos jurídicos tomados del discurso de jueces y abogados. *Causation in the law*, señala Niel MacCormick, consolida la postura de la *analytical jurisprudence* y la inmuniza contra cualquier ataque.¹⁴

The concept of law aparece en 1961;¹⁵ en esta obra, Hart ofrece un análisis de los conceptos de derecho y orden jurídico, y explica la forma en que las reglas de conducta son usadas como patrones sociales. Sostiene Hart que quien emite enunciados normativos parece expresar su apoyo y reconocimiento a cierto estándar como guía de conducta, y como fundamento para criticar su desvío (sobre esto, regresaremos, cuando se hable de la justificación de la pena).

The concept of law, dice Neil MacCormick, puede considerarse, conjuntamente con la inestimable obra, erudita y aguda de Hans Kelsen (1881-1973), como una de las grandes obras de la filosofía del derecho del siglo XX. No obstante, la impronta analítica y la formación jurídica de Hart muestran que *The concept of law* es un trabajo de un jurista inglés,¹⁶ es un *english criminal lawyer*; de ahí que explique sucintamente algunos conceptos propios de la tradición del *common law*.

Los trabajos de Hart dan cuenta de las prácticas de la profesión jurídica; de ahí, un claro deslinde entre las normas jurídicas que reconocen los tribunales, y otras reglas sociales, que constituyen la moralidad positiva de la comunidad política. Hart se mantiene como un jurista positivista, que encuentra *the province of law*, en el cotidiano operar de los órganos de aplicación del derecho. Muchos han sido los debates que ha originado la obra de Hart; el *Post scriptum al concepto de derecho*¹⁷ es una respuesta póstuma a sus críticos, básicamente una respuesta al más formidable de sus críticos, a su sucesor en la cátedra de *jurisprudence*; Ronald Dworkin.

Probablemente lo más polémico en Hart es su tesis de la separación entre el derecho y la moral, que brillantemente expone en su célebre artículo “Positivism and the separation of law and morals”.¹⁸ Este deslinde originó

¹³ Oxford, Oxford University Press, 1985.

¹⁴ MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 3.

¹⁵ Oxford University Press. Existe versión en español de Genaro R. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1962.

¹⁶ MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando, *H. L. A. Hart y la teoría jurídica analítica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

¹⁸ En *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957-1958, pp. 593-629; reimpresso en Feinberg, J. y Gross, H. (eds.), *Law in philosophical perspective*, California, Dickenson Publisher, 1977, pp. 46-

una famosa polémica entre Hart y el jurista estadounidense Lon L. Fuller (1902-1978).¹⁹ El profesor Fuller ataca la ausencia de argumentos morales en la descripción del derecho que hace Hart, y se lamenta de su positivismo analítico.²⁰ La tesis de este debate está expuesta en sus respectivos libros;²¹ este debate, como otros, habría de ser continuado por Dworkin.

Hart, igualmente, realizó trabajos brillantes sobre filosofía política y filosofía moral, que se convirtieron en temas de debate de todos los foros universitarios. Hart ha caracterizado estos trabajos como trabajos de “moral crítica” (*critical morality*), tendentes a exponer principios para el uso correcto y apropiado del derecho en las sociedades civilizadas; por otro lado, Hart no abandonó su atención al derecho penal, como se muestra, *inter alia*, en sus ensayos, *Negligence. Mens rea and criminal responsibility*,²² *Law, liberty and morality*,²³ *The morality of criminal law*²⁴ y *Punishment and responsibility*.²⁵

En 1968, Hart deja la cátedra de *jurisprudence*, y los siguientes cuatro años se dedica a la vida académica como *senior research fellow* en University College. De 1972 hasta su retiro, en 1978, fue *principal* de Brasenose College. La presencia de Hart en University College, por fortuna, se prolongó durante el resto de su vida; además de escribir y enseñar, Hart participa en la impresionante tarea de recuperar y editar las obras de Jeremy Bentham (1748-1832), contribuyendo en la edición de varios volúmenes que contienen la obra de este autor.²⁶ A partir de su retiro, Hart se dedicó a escribir e investigar.²⁷

65, y en Dworkin, Ronald M. (ed), *The philosophy of law*, Oxford, Oxford University Press, 1979; *Oxford readings in philosophy*, pp. 17-37. Existe una versión española de Genaro R. Carrión, en Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, *cit.*, pp. 1-64.

¹⁹ Lon L. Fuller fue profesor de *jurisprudence* en Harvard Law School; su libro más célebre es *The morality of law*, New Haven, Yale University Press, 1969.

²⁰ “Positivism and fidelity to law. A replay to professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957-1958, pp. 630.

²¹ La tesis de Hart quedó completamente desarrollada en el capítulo IX, *Laws and morals*, de su libro *The concept of law*; la postura del profesor Fuller queda asentada en su libro arriba citado.

²² En Guest A. E., *Oxford essays in jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1961, y fue reimpresso en Hart, H. L. A., *Punishment and responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968, pp. 136-157.

²³ Oxford, Oxford University Press, 1962.

²⁴ Jerusalem, Magnes Press, Hebrew University/Oxford, Oxford University Press, 1965.

²⁵ *Idem.*

²⁶ Véase el soberbio libro editado por Hart. H. L. A., Bentham, Jeremy. “Of laws in general”, en Burns, J. H. (ed.), *The collected works of Jeremy Bentham. Principles of legislation*, Londres, University of London, Athlon Press, 1970.

²⁷ Raz, Joseph, “H. L. A. Hart y el concepto de derecho”, *cit.*, pp. 17 y 18.

Hart fue electo miembro de la Academia Británica en 1962, y en el curso de su vida fue galardonado con muchos reconocimientos, los cuales sería largo enumerar aquí. También recibió el *doctorado honoris causa* de la UNAM en 1979.

3. Ecce homo

Nuestro primer contacto con la obra de Hart fue como doctorando en la Universidad de París; el profesor Roger Pinto, *professeur de philosophie du droit*, impartía un curso sobre *langage et droit*, donde se estudiaba cuidadosamente la obra de Hart; no obstante, nuestro interés por la *analytical jurisprudence* fue realmente despertado en los seminarios, que conjuntamente organizaron los institutos de Investigaciones Jurídicas, y Filosóficas, de la UNAM, en los años setenta del añorado siglo pasado. A partir de esos seminarios, se inició en México un conocimiento serio de la obra de Hart,²⁸ y, en general, de la filosofía jurídica oxoniense. No fue sorprendente que pocos años más adelante nuestra universidad confiriera a Hart el grado de *doctor Honoris causa*. Sólo un jurista como Hart podía satisfacer un difícil precedente; en 1960, la Universidad Nacional Autónoma de México había otorgado esa alta distinción a otro portentoso jurista: Hans Kelsen, de quien Hart decía, es “el autor más estimulante en la teoría jurídica analítica de nuestros días”.²⁹ Nuestro interés por el positivismo analítico se hizo mayor durante mi estancia en Oxford. Cuando, por la amable gestión de Joseph Raz, disfrutamos de la invitación del profesor Ronald Dworkin.

Hacer una semblanza de Hart es prácticamente ocioso; quien lo conoció no podrá olvidar su prodigioso talento, la pulcritud y claridad de su lenguaje, su extraordinario ingenio, su abundante erudición. Pero, igualmente, será imborrable su inagotable generosidad. Cómo no recordar su recia y vigorosa figura en su cubículo o su aguda conversación en *The high table*, en University College. Cómo olvidar el honor de tenerlo en casa, las visitas a la suya, en ocasiones, en compañía del recordado Genaro Carrió, brillante jurista, traductor y amigo dilecto de los Hart. Cómo no recordar su acoge-

²⁸ Particularmente importante fue el seminario que impartió Ernesto Garzón Valdés.

²⁹ “Kelsen visited”, *University of California Law Review*, vol. 10, 1963, p. 728; reimpresso en *Essays in jurisprudence and philosophy*, pp. 268-308. Existe una versión española de Javier Esquivel, *Una visita a Kelsen*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1977. La admiración de Hart por Kelsen se hacía siempre manifiesta cuando Kelsen surgía en la conversación. Muchas cosas profundas se aprendían de la *Teoría pura* y de la persona de Kelsen oyendo narrar a Hart sus conversaciones y vivencias con el célebre jurista austriaco.

dora casa cerca de *Bodleian library* o su viejo coche (casi siempre conducido por su esposa Jeniffer).

Muchos estudiosos se beneficiaron notablemente de su inteligencia; pero, más que de su talento, hubo muchos, quienes, como el que escribe, nos beneficiamos más de su paciencia y bondad. No son muy afortunados los enunciados contrafácticos; pero, sin duda, mi estancia en Oxford sin los Hart hubiera sido sensiblemente menos grata y, sin duda, menos provechosa.

II. LA TEORÍA

1. The analytical jurisprudence³⁰

Con el nombre de *analytical jurisprudence* (una digresión sobre *prudencia iuris*) se conoce una teoría jurídica nacida y desarrollada en Inglaterra.³¹ Aunque en la actualidad la *analytical jurisprudence* ha recibido numerosos beneficios de la moderna filosofía analítica y, en general, del análisis del lenguaje llevado a cabo en diversas disciplinas, no obstante, se mantiene ligada fuertemente a sus orígenes. La *analytical jurisprudence* es una forma de positivismo jurídico y, como tal, comparte rasgos característicos con otras formas del positivismo. El análisis del lenguaje en que el derecho se formula y las operaciones intelectuales que realizan jueces y abogados es necesariamente un estudio de derecho positivo.

Omitiendo célebres antecesores, como William of Occam (1285-*c.* 1348) y Thomas Hobbes (1588-1679), también notables oxonienses, el positivismo analítico en Inglaterra comenzó con la obra del filósofo y reformador Jeremy Bentham, continuada en los trabajos de John Austin (1790-1859), el más célebre iusfilósofo inglés del siglo XIX. Bentham y Austin analizaron las nociones que colman el derecho inglés, y con su análisis delimitaron el objeto

³⁰ Para las siguientes líneas seguimos de cerca nuestro estudio preliminar para una más amplia explicación sobre el desarrollo de la teoría de Hart, véase, Páramo, Juan R. de, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; Farrell, “Obligaciones jurídicas y razones para actuar”, en Squella, Agustín (ed.), *H. L. A. Hart y el concepto de derecho*, pp. 271-294; Nino, Carlos, “El concepto de derecho de Hart”, *cit.*, pp. 33-54; Robles Morchón, Gregorio, “Hart: algunos puntos críticos”, en *Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Buenos Aires, 1997; y *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, Actas del XVIII Congreso Mundial de la IVR*, Alicante, vol. II, núm. 21, 1998, pp. 371-402.

³¹ La teoría jurídica analítica ha ampliado notablemente su esfera de influencia en el mundo. Especialmente importante es su desarrollo en Argentina y Estados Unidos, después en España e Italia y, recientemente, en toda América Latina.

(*the province*) de la jurisprudencia; es decir, el derecho positivo. Se requiere un claro deslinde para describir el derecho, de ahí la necesidad de trazar una línea divisoria entre el derecho y la moral, línea que consideraban era oscurecida por las doctrinas del derecho natural.

El positivismo analítico ha continuado su influencia en nuevos pensadores. El análisis lógico-semántico del lenguaje del derecho y de las proposiciones que lo describen es una herramienta valiosa para la jurisprudencia, y su importancia trasciende los límites de la vertiente analítica.³²

Para Hart, el propósito general de la jurisprudencia analítica es lograr un mejor entendimiento del derecho, y para ello es indispensable realizar un cuidadoso examen del lenguaje, en que el derecho se formula. Siguiendo la línea del positivismo analítico inglés, Hart aborda las nociones recurrentes del discurso jurídico. El derecho es, esencialmente, un fenómeno lingüístico, ser lenguaje es condición de existencia del derecho.

El intento de Hart por esclarecer la naturaleza del derecho fue, como señalamos, fuertemente influenciado por la obra de Ryle, para quien el planteamiento tradicional de la filosofía era equivocado. Según Ryle, la respuesta no consiste en crear teorías, sino en hacer nuevas preguntas que conduzcan a esclarecer el uso del lenguaje cotidiano. Lo que se debe preguntar es qué se quiere decir cuando se dice algo, o bien bajo qué condiciones se puede decir algo.

Hart continúa con los trabajos de Jeremy Bentham y John Austin (1790-1859), el más célebre iusfilósofo inglés del siglo XIX. Bentham y Austin analizan el lenguaje en el que el derecho se formula, y delimitan su objeto (*the province*, por ejemplo, el campo), de la teoría del derecho: el derecho positivo (o el derecho propiamente hablando).

Para Hart, el planteamiento tradicional está equivocado. Según él, la solución a los elusivos problemas consiste no en dar más respuestas, sino en hacer nuevas preguntas que conduzcan a esclarecer el uso del lenguaje (de jueces y abogados). Lo que se debe preguntar es “qué se quiere decir cuando se dice algo, o bien, bajo qué condiciones se puede decir algo”. Muestra además cómo el análisis lingüístico provee soluciones a muchos de nuestros enigmas.

Siguiendo a John L. Austin, célebre profesor de Cambridge, Hart se percató de que no todos los enunciados son susceptibles de ser verdaderos o falsos; tal es el caso de las expresiones realizativas (*performative*). Es claro que para hacer determinadas cosas uno tiene que “decir ciertas palabras, bajo

³² “Analytical jurisprudence”, *Problems of the philosophy of law, Encyclopædia Britannica CD2000*.

determinadas condiciones.³³ Un tratamiento similar es seguido por Ludwig Wittgenstein (1889-1951) en *Philosophical investigations*.³⁴ Wittgenstein enseña que la perplejidad que un hombre siente sobre el significado de las palabras puede ser eliminada si se pregunta a sí mismo “¿en qué ocasión, para qué propósito, decimos esto?” (por ejemplo, al saludar). ¿En qué escenario serán usadas las palabras y para qué?,³⁵ para Wittgenstein, como para Hart, la función y el significado de las palabras no pertenece a un reino intangible de la mente, sino son “formas de vida humana”, de “vida social”.³⁶ Muchos autores inciden en la obra de Hart, entre ellos habría que citar a R. M. Hare,³⁷ y ciertamente, a Hans Kelsen,³⁸ incidencia que no podemos analizar aquí.

³³ Para una breve explicación de los enunciados realizativos véase nuestro trabajo “Lenguaje del de-derecho y demiurgia jurídica (entre actos ilocucionarios y actos mágicos)”, en Serrano Migallón, Fernando (ed.), *Estudios jurídicos en memoria de Jorge Barrera Graf*, México, Porrúa-Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, pp. 373-401; en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 13, 1993, pp. 195-225; posteriormente reproducido en *Lineamientos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 2003, pp. 415-444.

³⁴ Como una reacción frente a los trabajos anteriores del propio Wittgenstein, fundamentalmente de su *Tractatus*. No satisfecho con su teoría fotográfica del lenguaje, que expone en el *Tractatus*, Wittgenstein dirige su atención a los usos cotidianos del lenguaje. Cuando se habla un lenguaje, sostiene el segundo Wittgenstein, no es para realizar una serie de reproducciones verbales de hechos. Cada lenguaje expresa una forma de vida, la colaboración de individuos por compartir modos de acción establecidos por convenciones entendidas comúnmente. Véase “Wittgenstein, Ludwig, Josef Johann”, *Encyclopedia Britannica CD2000*. Esta tesis es fácilmente perceptible en la obra de Hart, en su tipología de normas y en su concepto de aceptación de una norma.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Contaba Hart, que Kelsen, asombrado de ver la importancia que el positivismo analítico concedía a la obra de Wittgenstein, airadamente preguntaba ¿por qué seguir a ese “vienes”, teniendo en Gran Bretaña al más grande de los filósofos?, refiriéndose a David Hume.

³⁷ El libro de Hare: *The language of moral*, Oxford, Oxford University Press, 1961. Existe una versión en español de Genaro R. Carrió y Eduardo Rabossi, *El lenguaje de la moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1975; fue de enorme influencia en Hart. La cercanía del pensamiento de Hart a la filosofía del lenguaje de Hare se puede apreciar en el libro de este último, *Moral thinking. Its levels, method and point*, Oxford, Oxford University Press, 1981.

³⁸ Por razones de espacio omitimos referencias a la influencia de Kelsen en la obra de Hart, y el estudio crítico que este hace del jurista vienes; véase “Kelsen visited”, *cit.*, pp. 709-728; “Kelsen’s doctrine of the unity of law”, en Munitz M. K. y Kiefer, H. E. (eds.), *Ethics and social justice*, Albany, N. Y., Sate University of New York Press, 1968-1970, pp. 171-199 (reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in jurisprudence and philosophy*, pp. 309-342). Existe una traducción nuestra al español, “La doctrina de Kelsen de la unidad del derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 21, 1977, pp. 105-140.

2. *La definición en la teoría del derecho*

Siguiendo la tradición del positivismo analítico, Hart penetra al mundo de la definición de los conceptos jurídicos, y sostiene, *urbi et orbi*, que la manera habitual de definir conceptos jurídicos no es adecuada.³⁹ Esto se debe, sostiene Hart, a que los conceptos jurídicos son anómalos. Cuando los juristas intentan definirlos, no se percatan de que éstos no tienen conexión directa con el universo observable; es decir, responsabilidad, derecho (*right*), deber (*duty*), prohibido, permitido. En la dogmática penal, esta anomalía es evidente, o sea, omisión, tipicidad, antijuridicidad, negligencia, culpa, flagrancia, etcétera.

Los conceptos jurídicos no pueden ser reproducciones fotográficas de hechos del mundo; realizan más bien una función comunicativa en la escena jurídica. Para Hart, la función de estas palabras no consiste —como lo hace la dogmática tradicional— en representar “contrapartes del mundo sensible” (por ejemplo, copias de una culpa, alevosía o dolo). Estas palabras sólo las entendemos dentro del discurso donde realizan su función específica. El recurso al *genus et differentiam* no sirve para explicarlas.

Entendemos los conceptos jurídicos analizando el discurso donde aquéllos ocurren; Hart no pretende elaborar nuevas definiciones de responsabilidad, derecho (*right*), deber (*duty*), prohibido o permitido; busca, simplemente, establecer las condiciones que gobiernan su uso en el discurso jurídico.

3. *Tipología de normas*

Sostiene Hart que además de las normas que imponen obligaciones (*duty-imposing rules*), existe un segundo tipo de normas que no pueden reducirse al modelo de órdenes respaldadas por amenazas, como las “normas que confieren facultades” (*power-conferring rules*). Hart observa que la diferencia de función entre ambos tipos de normas refleja dos modalidades del discurso jurídico; las normas del primer tipo prohíben u obligan, si mi conducta no se conforma con ellas, incumplo, violo o infrinjo; cometo un ilícito. De este tipo son las normas penales que establecen delitos; por lo contrario, cuando no celebro un contrato, no incumplo la norma que me faculta. Si no hago lo que requiere la norma que faculta, no violo norma alguna; mi conducta no constituye un ilícito.⁴⁰ Las normas que confieren facultades ha-

³⁹ “Definition and theory in jurisprudence”, en Hart, H. L. A., *Essays in jurisprudence and philosophy*, cit., pp. 21-48.

⁴⁰ *The concept of law*, pp. 27 y 28.

bilitan a los particulares, o a ciertos individuos, a introducir nuevas formas, extinguir o modificar los efectos de normas anteriores.

Los órdenes jurídicos, según Hart, son sistemas que interrelacionan estos dos tipos de normas. Para explicar esta interrelación, Hart utiliza un modelo de sociedad, donde el único medio de control social reposa en la actitud general del grupo hacia sus pautas de comportamiento en términos de normas de obligación.⁴¹ En estas comunidades, cuando surgen dudas sobre cuáles son las normas del grupo, o cuál es su tenor o su alcance, no existe ningún procedimiento para resolverlo. Un procedimiento tal requeriría de la introducción de normas de un tipo diferente a las normas de obligación.

En las estructuras sociales de normas de obligación, los únicos modos de cambio son: 1) el lento proceso, mediante el cual los cursos de conducta considerados como optativos, se transforman, primero en habituales, y, posteriormente, en obligatorios, y 2) el proceso inverso de declinación, cuando las desviaciones, al principio tratadas con severidad, son, primero toleradas y, después, inadvertidas. En tales comunidades no hay manera de adaptar deliberadamente las normas a las circunstancias, eliminando las antiguas e introduciendo nuevas. La posibilidad de hacer esto, comenta Hart, requiere también de la introducción de normas distintas a las normas de obligación.⁴²

Estas comunidades carecen de eficiente presión social para hacer cumplir las normas; observa Hart que en estas sociedades siempre se discutirá si una norma ha sido o no violada, y tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial encargado de resolverlas de forma concluyente (*ex autoritas*).

Hart señala que el remedio para superar las limitaciones de las comunidades de normas primarias de obligación se logra mediante la introducción de normas secundarias: 1) regla de reconocimiento, que especifican los criterios que debe satisfacer una norma para ser norma del sistema; 2) normas de cambio, que solucionan la petrificación normativa, y 3) normas de enjuiciamiento o judicación,⁴³ que facultan a individuos a determinar, con autoridad, si se ha transgredido una norma primaria definiendo, *pari passu*, el procedimiento a seguir.⁴⁴

⁴¹ *Ibidem*, pp. 87-89.

⁴² *Ibidem*, pp. 90-92.

⁴³ Sobre esta traducción que realizamos de *rules of adjudication* véase nuestro estudio preliminar, "H. L. A. Hart y la teoría jurídica analítica", *cit.*, p. XXVI, núm. 45.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 92-94.

4. *Puntos de vista interno y externo*

Sostiene Hart que muchas de las oscuridades que rodean a los conceptos jurídicos surgen del hecho de que éstos implican un punto de vista interno; es decir, la opinión de quienes no se limitan a registrar la conducta que se conforma a las normas, sino que usan las normas como normas; es decir, como pautas para evaluar su conducta y la de los demás. Con la adición de normas secundarias, el campo de lo que se hace y se dice, desde el punto de vista interno, se extiende, y con esta extensión aparece todo un conjunto de conceptos nuevos, cuyo análisis reclama referencia al punto de vista interno.

Estos conceptos sólo pueden ser entendidos en una estructura social más compleja que la comunidad de normas primarias de obligación; en efecto, sólo en una comunidad mayormente compleja se usa y acepta una regla de reconocimiento que permite la identificación de las normas del grupo. Para Hart, esta identificación constituye el “fundamento de un orden jurídico”.⁴⁵ La existencia de una regla de reconocimiento se manifiesta en la práctica generalizada de funcionarios y particulares al identificar las normas del grupo mediante los mismos criterios. Esta identificación es característica del punto de vista interno; quienes usan las normas que así identifican las aceptan (aunque no lo expresen).

El punto de vista interno lo contraponen Hart al de un observador que registra el hecho de que en un grupo social se aceptan ciertas normas (sin que él, por su parte, las acepte). Según el autor, este es el “punto de vista externo”.⁴⁶

Según Hart, para que un orden jurídico exista no basta que las normas primarias de obligación sean obedecidas por el grueso de la población (con independencia de la razón que se tenga para obedecer). El orden jurídico, como sistema formado por la unión de normas primarias y secundarias, requiere, además, del punto de vista interno de aquellos que consideran estas normas como razones para su acción; en efecto, para Hart, existen dos condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un orden jurídico: 1) las normas de conducta, según el criterio de validez último del sistema, tienen que ser generalmente obedecidas, y 2) la regla de reconocimiento que especifica los criterios de validez jurídica, las normas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas (punto de vista interno) por sus funcionarios como pauta o modelo público de conducta oficial.⁴⁷

⁴⁵ *Ibidem*, p. 97.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 99.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 107, 108 y 113.

Hart explica los actos y prácticas sociales (o normas), mediante la interpretación del significado que guardan para aquellos que toman parte en tales actos y prácticas; se requiere además del elemento fáctico (actos y prácticas), la actitud de los miembros del grupo. Es precisamente esta actitud la que no permite distinguir a una norma de un hábito.⁴⁸

Explica además que una norma jurídica (o todo un orden jurídico) es una cuestión diferente a la de explicar las razones morales (o de cualquier índole) que uno pueda tener para obedecer, o no, la norma; no obstante, una apropiada descripción debe dar cuenta del punto de vista interno de los individuos que usan las normas, con independencia de cualquier inclinación que tenga, a favor, o en contra, de ellas.

III. TEORÍA JURÍDICA Y DOGMÁTICA PENAL

1. *Un aperçu*

Si, como señalamos, la ciencia del derecho (*jurisprudence*), para el célebre profesor de Oxford, tiene como propósito el entendimiento general y sistemático del derecho (*the law*), y éste no es sino el conjunto de normas sociales (*social rules*)⁴⁹ que organizan y ordenan las comunidades humanas, de esto se sigue una clara distinción entre dos cosas absolutamente diferentes; el derecho (*the law*), y la ciencia del derecho (*jurisprudence*); el derecho prescribe (ordena, prohíbe, permite); la ciencia del derecho describe, explica, dilucida (interpreta). Consecuentemente, el derecho resulta ser el único objeto de conocimiento de la ciencia del derecho (denomínese dogmática jurídica, doctrina o conserve su nombre clásico: jurisprudencia).

Ahora bien, si el derecho penal (*criminal law*) es parte del derecho, entonces éste se describe siguiendo los cánones de la profesión jurídica, de la misma forma que se describe el resto del derecho. No podemos detenernos a analizar esta descripción, aunque algunos aspectos surgirán incidentalmente en el curso de la exposición; más bien abundaremos en el derecho, o mejor, en sus componentes: las normas jurídicas (*legal rules*).

Un jurista de la tradición del *common law* (a *common lawyer*), no obstante las apariencias, no es sustancialmente distinto a un jurista de la tradición romanista (*civil lawyer*). Lo que hace Hart no se aleja de lo que hace la dog-

⁴⁸ MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart, cit.*, pp. 29 y 30.

⁴⁹ En la tradición del *common law*, el uso de *rule* corresponde al uso de norma, dentro de la tradición continental europea.

mática penal continental; para Hart, la tarea de la dogmática penal consiste, valga la inarmónica resonancia, en la apropiada determinación de la responsabilidad penal y de la aplicación de la pena. La construcción del aparato doctrinal en el *common law* (y su aplicación por jueces y abogados) es un ejercicio de interpretación y de ponderación de alegatos (*pleads of excuses*), de conformidad con los cánones de la profesión jurídica, como lo es la dogmática penal romanista. Siempre que el penalista actúe *que* jurista,⁵⁰ y no como sociólogo *amateur*, criminalista espontáneo, adicto globalifobo (*sit venia verba*), o reformador social.

El aparato conceptual de la doctrina penal (o de cualquier otra rama del derecho) del *common law* se distingue de la romano-germánica, por la forma de su construcción. Dentro de nuestra tradición milenaria son los juristas los que formulan los conceptos y los principios, a partir de la observación y generalización empírica.⁵¹ Estos conceptos y principios son convertidos en *brocarda* (conceptos fundamentales, máximas y sentencias), y conservados en libros. El más célebre de estos libros es el *Corpus Iuris Civilis*, obra que era leída y aprendida en las universidades.

En la tradición del *common law*, aunque existen algunos libros célebres,⁵² la doctrina no se hace por doctores en las universidades; la doctrina básicamente se encuentra en la *rationes decidendi* de las resoluciones de los tribunales. De conformidad con un requerimiento universal, los jueces tienen que fundar sus sentencias; pues bien, según el principio de *stare decesis*, los jueces están obligados a fallar los asuntos sometidos a su conocimiento siguiendo los principios (*rationale*) formulados por otros jueces en asuntos fallados con anterioridad. No se trata meramente de tener en cuenta los precedentes.

⁵⁰ Es decir, siempre que su dedicación vocacional consista en interpretar normas penales, legales o jurisdiccionales (*statutory laws or precedents*), y ponderar la derrotabilidad (*defeasibility*) de los argumentos en contradictorio de conformidad con las metarreglas de interpretación y racionalidad proporcionadas por sus respectivas doctrinas.

⁵¹ Digesto 50, 17, 1, nos recuerda la forma rigurosa de su formulación: *Regula est quae rem quae est brevier enarrat. Non es regula ius summatur, sed ex iure quod est regula fiat...*, o sea, “El principio (*regula*) es la descripción sucinta de lo que una cosa es. No es en virtud del principio que el derecho se crea; es del derecho (positivo), de donde el principio es obtenido...”. Cfr. Mommsen, Theodor y Krüger, Paul (eds.), *Corpus Iuris Civilis*. I. *Institutiones*, II. *Digesta*. III. *Codex, Novellae*, Dublín/Zurich, Weidemannsche, Verlachbuchhandlung, 1973.

⁵² Es decir, el *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae*, de Ranulph de Glanville (¿-1190), escrito entre 1187 y 1189, bajo el reinado de Henry II, es el más antiguo tratado del *common law*; o bien *De legibus et consuetudinibus Angliae*, de Henry de Bracton (¿-1268), compuesto entre 1250 y 1259, obra que muestra la fuerte influencia del *Corpus Iuris Civilis*, del derecho canónico y de la *Summa* de Azo. Walker, David, *Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 147 y 527.

No. Los jueces están obligados a mantener (*bound to stand*) y seguir los principios (*rationale*), con independencia de si él los acepta o no.⁵³

Como quiera que haya surgido (*ex cathedra* o *ex iudicium*), la doctrina constituye el aparato conceptual, mediante el cual los juristas realizan la “lectura” del derecho (leyes, tratados o precedentes). Dentro de la tradición del *common law*, la doctrina penal se construyó en las *rationes decidendi* de los fallos en causas penales. La exposición sistemática de esta doctrina por los *common lawyers* corresponde, *mutatis mutandi*, a la exposición que hace la dogmática penal de la tradición romano-germánica.

Un problema para entender los conceptos de la doctrina penal del *common law* reside en que sus institutos y conceptos no necesariamente tienen su contraparte en nuestra dogmática. ¿Cuáles son los conceptos penales fundamentales en el *common law*?, no podemos referirnos a todos, pero señalaremos algunos que fueron ampliamente desarrollados por Hart.

2. The province of criminal law

Para el *common lawyer*, se entiende por derecho penal la rama del derecho (*the body of law*) que se refiere a la determinación de la clase de conductas que son delitos (*crimes, offences*), y las circunstancias en que ocurren; es decir, conductas que generan responsabilidad, y si sus autores son acreedores a la persecución, enjuiciamiento y castigo (*liability to prosecution and punishment*). Los delitos están establecidos por las normas penales, y de ahí se sigue que *what is criminal* depende de la concepción de la comunidad, tal y como la interpreta el legislador (*lato sensu*), o el órgano aplicador. La conducta fácilmente puede convertirse en *criminal* o dejar de serlo;⁵⁴ esto es, no existe *mala in se*, sino sólo *mala prohibita*.

3. The elements of a crime

Para Hart, como para cualquier *criminal lawyer*, el delito tiene dos componentes esenciales; uno es fáctico, *actus reus*; el otro es mental, psíquico, *mens rea*. El primero de ellos se reduce a la conducta humana. Es fácil percatarse de que los temas fundamentales de la doctrina penal son los ele-

⁵³ En la tradición del *common law*, por *stare decisis* se entiende la doctrina de la fuerza obligatoria del precedente (*the binding force of precedent*). Según este principio, *cfr.* Walker, David M., *Oxford companion to law*, 1980, p. 1174. Para una explicación detallada de la doctrina del precedente, véase el libro clásico de Rupert Cross.

⁵⁴ Walter, David, *Oxford companion to law, cit.*, p. 316.

mentos constitutivos de la conducta delictiva en general, y de la conducta de ciertos delitos en particular; primeramente, el *criminal lawyer* se plantea el problema de la conducta misma. En ocasiones el *actus reus* se agota en la misma conducta, como, por ejemplo, en *perjury* (perjurio). La pregunta clave es ¿si hay conducta? (condición necesaria de la conducta delictiva). En otras ocasiones el *actus reus* incluye necesariamente el resultado, como en el *murder* (homicidio), donde el elemento primordial es el hecho de dar muerte.⁵⁵ El *actus reus* es, en este último caso, una *harmfull action*. Hay cosas que hacemos y cosas que nos pasan, cosas que hacemos y otras que omitimos. ¿Qué es omitir?

Para Hart, la parte fundamental del *actus reus* es *causation* (relación causal); ¿cuándo puede decirse que una conducta es causa del daño proscrito? Hart y Honoré dedican un copioso volumen⁵⁶ para resolver las perplejidades que genera el uso del lenguaje causal en el derecho penal (y en otras ramas del derecho).⁵⁷ Realizan, además, un exhaustivo estudio analítico, que les permite detectar la fuente de las incertidumbres y confusiones que rodean los usos jurídicos del lenguaje causal, tanto en las disposiciones penales como en la doctrina; sostienen que las nociones causales funcionan como una especie de modelo básico, en virtud del cual los tribunales construyen la relación causal (y sus límites). Hart y Honoré observan acertadamente que el historiador y el jurista, habitualmente, declaran que un determinado acontecimiento es el efecto o consecuencia de alguna acción humana. Y agregan los juristas en comentario que los filósofos y científicos han contribuido en algo al entendimiento de la causalidad en las ciencias naturales; pero hasta ahora en poco han contribuido a disipar las perplejidades que enfrentan los juristas. De tal modo que, para la solución de los problemas de la causalidad (o relación causal), los juristas han rechazado las teorías de otras disciplinas, con la insistencia de que los usos de nociones causales en el discurso de los juristas no se resuelven como investigaciones científicas.⁵⁸

⁵⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁶ *Causation in..., cit.*

⁵⁷ Cabe señalar que en el espacio geográfico del *common law*, los penalistas transitan libremente; no se encierran en una fortaleza inexpugnable, de la cual no se pueda salir (como es habitual entre nosotros). Esto hace que los *criminal lawyers* compartan doctrinas con civilistas en diversas materias, en especial en *torts* (responsabilidad extracontractual, negligencia, etcétera). De esta forma, se benefician del resto de la dogmática y de la teoría del derecho. Sobre la idea de esa fortaleza inexpugnable, véase el artículo “Monismo y pluralismo jurídicos. Una solución copernicana”, que escribimos con Ulises Schmill en, *Encuentro internacional: tendencias del derecho penal y la política criminal del tercer milenio*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002, p. 227.

⁵⁸ *Causation in..., cit.*, p. 9.

Otro de los elementos fundamentales del delito (*offence*) son las actitudes (estados mentales), que acompañan la acción del sujeto (del autor). Estas actitudes mentales son conocidas bajo el nombre de *mens rea*. Para el *common law*, un delito en el sentido de *harmfull action* (de resultado material), sólo se integra con un específico *mens rea*. La definición de todo delito, expresa o implícitamente, establece qué *actus reus* y qué concomitante *mens rea* son necesarios para su comisión. Cabe destacar que *mens rea* no significa perversión o maldad general, inadaptación o inmoralidad, sino el estado mental específico requerido para la comisión de un determinado delito; por ejemplo, el *animus necandi* en el homicidio, o el *animus furti* en el robo; comúnmente *mens rea* es *intention* (intención, dolo), o *recklessness* (temeridad); pero puede incluir *negligence* inadvertencia (inatención o negligencia).⁵⁹

Hart aborda el problema de la *intention* en varios trabajos en *Causation in the law*,⁶⁰ y en especial en sus ensayos “Acts of will and responsibility”⁶¹ e “Intention and punishment”.⁶² Particular atención muestra Hart sobre *the rationale* (el fundamento racional) de la doctrina de *mens rea*.⁶³ Sobre el alcance de *mens rea*, Hart, en contra de otros autores, extiende la noción más allá del elemento cognitivo del conocimiento o de la previsión. Observa que *mens rea* cubre otras capacidades y facultades de las personas (normales) para pensar sobre su conducta y controlarla.⁶⁴ De ahí, concluye Hart que los casos de *negligence* no pueden ser tratados como especies de *Strict liability* (responsabilidad absoluta), “la cual —dice Hart— generalmente la consideramos y la toleramos con renuencia”.⁶⁵

4. La responsabilidad penal en Hart

Para el *common lawyer*, se entiende por responsabilidad penal (*legal responsibility*) la sujeción (*liability*)⁶⁶ de una persona a la aplicación de una pena. La responsabilidad penal surge por la comisión (probada) de alguna conducta

⁵⁹ Walker, David M., *Oxford companion to law, cit.*, p. 833.

⁶⁰ *Op. cit.*

⁶¹ Marshall, O. R. (ed.), *The jubilee lectures of the faculty of law*, Londres, University of Sheffield-Stevens & Sons, 1960, reimpresso en Hart, H. L. A., *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 90-112.

⁶² *Oxford Review*, núm. 4, febrero de 1967, reimpresso en Hart, H. L. A., *Punishment and responsibility, cit.*, pp. 113-135.

⁶³ Hart, H. L. A. *Punishment and...*, *cit.*

⁶⁴ *Ibidem*, p. 140.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Walker, David M., *Oxford companion to law, cit.*, pp. 765 y 766.

establecida como delito (donde concurren *actus reus* y *mens rea*), por las normas penales.⁶⁷ Señala Hart que los fundamentos para imponer la responsabilidad penal se clasifican según tres criterios: 1) La conducta de la persona tenida como responsable. ¿Es responsable un individuo en razón de su conducta o con independencia de su conducta? (Recordemos que, como señala Hart, la conducta es siempre algo menos que el *actus reus*);⁶⁸ 2) La conexión causal. ¿Tiene que demostrarse que la conducta del responsable causó el daño o es suficiente con que lo haya ocasionado?, ¿dejar que algo ocurra equivale a ocasionarlo?, y 3) La culpa. ¿Puede un individuo ser responsable sólo cuando obra con culpa, o bien aún en ausencia de ella (es decir, responsabilidad objetiva)?⁶⁹

Dice Hart que la combinación de estos criterios genera distintos grados de responsabilidad; pero cualquier forma de responsabilidad tiene un límite. En efecto, las normas penales describen expresamente los delitos (*i. e. the harmful action*), por cuya comisión una pena habrá de imponerse al responsable, y describen también cómo tiene que ser la conducta del acusado (*defendant*), para que pueda surgir la responsabilidad penal. Las normas penales (y la doctrina que las explicita) señalan con precisión qué es y cuándo hay conducta; cuando se causa o se propicia un daño (*offence, lato sensu*), así como cuando hay *mens rea* (dolo, temeridad, negligencia, inadvertencia).

Aunque ocasionalmente la responsabilidad penal puede surgir aun en ausencia de alguno de estos elementos, la literatura jurídico-penal en ambas tradiciones busca buenas razones para establecer cuándo no hay conducta, conexión causal y culpa, o bien, aunque habiéndolas, son penalmente irrelevantes. La doctrina construye *pleads of excuses*; es decir, los alegatos para excluir el surgimiento de la responsabilidad penal o impedir la aplicación de la pena, tal y como lo hace la dogmática penal propia de nuestra tradición jurídica. ¿No son acaso, auténticas *plead of excuses* las causas de justificación o las excusas absolutorias, *inter alia*.

En su ensayo *Legal responsibility and excuses*,⁷⁰ Hart plantea este problema, observando que la forma de abordar los elementos que condicionan la responsabilidad penal debe invertirse. En efecto, dice el profesor de Oxford que es característica de todos los sistemas jurídicos, que la responsabilidad penal dependa de ciertas condiciones, las cuales se entienden mejor si se expresan en forma negativa, como *excusing conditions*; de esta

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ Hart, H. L. A., *Punishment and responsibility*, *cit.*, p. 141.

⁶⁹ *Causation in the law*, p. XLIII.

⁷⁰ En *Proceedings of the first annual New York Institute of Philosophy*, 1957, reimpreso en Hart, H. L. A., *Punishment and responsibility*, *cit.*, pp. 28-53.

forma, un individuo no es penalmente responsable si estaba inconsciente (en coma), si era incapaz, si estaba bajo coacción física, si defendía su vida, etcétera. Estas *excusing conditions* son conocidas por jueces y abogados como *mistake* (error), *accident*, *provocation*, *insanity* (locura),⁷¹ y constituyen el objeto de la *prosecution* (averiguación), de *evidence* (de las pruebas) y del *cross examination* (alegatos).

Continuando con el tema de las *excusing conditions*, Hart muestra la analogía que existe entre las condiciones que el derecho penal trata como *excusing conditions*, y ciertas condiciones similares que existen en otras ramas del derecho, y que se manejan como *invalidating conditions*, y que hacen *null and void* (nulo) ciertos actos (testamentos, donaciones, contratos, etcétera). Concluye Hart que si se toma en cuenta esta analogía, se puede observar un fundamento racional (*rationale*) en el manejo de las *excusing conditions*, en derecho penal.

IV. EPÍLOGO

Este ensayo no pretendió, en ningún sentido, agotar la invaluable obra de Hart en materia penal; lejos de ello, hay muchos temas importantes que ni siquiera se mencionaron. El problema de la justificación del castigo, lamentablemente, quedó fuera de esta sede. La variedad de temas que aborda con la profundidad y rigor de experimentado abogado se complementa con la transparencia y claridad que proporciona una teoría jurídica construida al amparo de la filosofía analítica contemporánea.

V. BIBLIOGRAFÍA

BENTHAM, Jeremy, *Of laws in general*, en BURNS, J. H. (ed.), *The collected works of Jeremy Bentham. Principles of legislation*, Londres, University of London, Athlon Press, 1970.

CARRIÓ, Genaro R. y RABOSI, Eduardo, *El lenguaje de la moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1975.

ESQUIVEL L., Javier, *Una visita a Kelsen*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1977.

GUEST, A. E., *Oxford essays in jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

FULLER, Lon L., *The morality of law*, New Haven, Yale University Press, 1969.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 29-31.

- HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the philosophy of law*, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Press.
- , “Analytical jurisprudence in the mid-twentieth century: a replay to professor Bodenheimer”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, 1957.
- MACCORMICK, Neil, *H. L. A. Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981.
- MARSHALL, O. R. (ed.), *The jubilee lectures of the faculty of law*, University of Sheffield, Londres, Stevens & Sons, 1966.
- MUNITZ, M. K. y KIEFER, H. E. (eds.), *Ethics and social justice*, Albany, N. Y., State University of New York Press, 1968-1970.
- PÁRAMO, Juan R., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- RAZ, Joseph, “H. L. A. Hart y el concepto de derecho”, trad. de Carlos Verdugo, en SQUELLA, Agustín (ed.), *H. L. A. Hart y el concepto de derecho*, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, núm. 28, enero-junio de 1986.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “Hart: algunos puntos críticos”, *Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Buenos Aires, 1997.
- TAMAYO VALENZUELA, José Alberto, *La teoría jurídica analítica y el concepto de derecho de H. L. A. Hart*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1995.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *H. L. A. Hart y la teoría jurídica analítica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- WALKER, David, *Oxford companion to law*, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Press.