

Las bases del Derecho penal liberal en Thomas Hobbes

Juan Manuel Almada¹

SUMARIO: I.-Introducción. II.-Leviatán y principio de legalidad. III.- Causas de justificación e integración del tipo penal. IV.- Consideraciones en torno a la punibilidad y al castigo. V.- Palabras finales.

PALABRAS CLAVE: Thomas Hobbes – Derecho penal liberal – principios penales – legalidad penal – Delito – Antijuridicidad – Fundamento de la pena.

I.- Introducción

Cesare Beccaria es ampliamente reconocido en la actualidad como uno de los primeros y grandes pensadores del derecho penal liberal al procurar la implementación de diversos frenos a la acción irresponsable y arbitraria del Estado en el juzgamiento y castigo de conductas humanas, sobre todo a partir de su publicación en 1764 del libro «De los delitos y las penas». Sin embargo, poco se sabe que casi más de un siglo antes de la publicación del autor italiano, Thomas Hobbes ya había propuesto los principios básicos de derecho penal liberal tal como la conocemos actualmente, dando incluso sustento a las principales garantías de los individuos frente al poder estatal.

La intención de este trabajo es recuperar la relevancia que para Derecho Penal tienen los capítulos XXVII y XXVIII del más importante libro del autor inglés,

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba. Maestrando en Derecho y Argumentación. CoDirector de la Revista Pensamiento Penal

«*Leviatán, o La materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*»² (1651). A pesar de las múltiples críticas que importantes y contemporáneos académicos le han formulado, su estudio resulta de un particular interés en razón de que sus análisis penales constituyen, posiblemente, el basamento de muchas normas que hoy aceptamos como nucleares en nuestros procedimientos y sistemas penales –y, más aún, de nuestra estructura constitucional y de nuestros estándares internacionales sobre derechos humanos–. A lo largo de estas palabras se intentará mostrar cómo sus postulados constituyen verdaderos cimientos del derecho penal y procesal penal liberal, con los que Hobbes pretendía delimitar la potestad punitiva del soberano en beneficio de la libertad ciudadana.

II.- Leviatán y principio de legalidad

El principio de legalidad penal, hoy absolutamente naturalizado en nuestros ordenamientos jurídico-penales, ha sido un importante triunfo de claro contenido político, atribuible al pensamiento liberal. Como garantía frente a la arbitrariedad estatal, ha sido comúnmente caracterizado a través del adagio “*nullum crimen, nulla poena, sine previa lege poenali*” –no es posible un crimen o una pena, sin que exista una ley anterior que así lo defina-. Las derivaciones de este principio son muchas, tanto desde una mirada filosófica, penal o procesal. Mientras que garantiza exigencias de seguridad jurídica, donde solo la descripción precisa de las conductas que serán susceptibles de ser sancionadas penalmente habilita su reproche, demanda a su vez el reconocimiento de cierta idea republicana de distribución de poderes. En ese sentido, exige la existencia de una estructura estatal que sancione las leyes y de otra que defina las consecuencias ante su incumplimiento³.

² Su título original es «*Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*». La publicación original es de 1651, editada por Andrew Crooke. Salvo excepcionalmente, a lo largo de este trabajo se utilizará la traducción al español de la versión del Fondo de Cultura Económica, México, publicada en 1992. Dada la extensión de los capítulos XXVIII y XXIX del *Leviatán* y la frecuencia con la que serán citados, no se precisará en adelante la página concreta de la cual se extrae esa cita.

³ Como dice CAFFERATA NORES: “Los principios de reserva y legalidad penal se proyectan sobre la persecución penal, condicionando su iniciación y subsistencia a que se plantee la hipótesis de un hecho que, al momento de su presunta comisión, se encuentre caracterizado como delictivo por la ley sustantiva. Quedará así también delimitada la órbita de la actuación investigativa y la actividad probatoria de los intervinientes, que no sólo no podrá versar sobre hechos que no sean delictivos, sino que además deberá circunscribirse sólo a éstos y a sus circunstancias jurídicamente relevantes: transponer tales límites con la investigación estatal, comprometerá la zona de libertad del investigado, preservada por el art. 19 de la Constitución Nacional. En CAFFERATA NORES, José Ignacio; MONTERO, Jorge; VÉLEZ, Víctor M; FERRER, Carlos F; NOVILLO CORVALÁN, Marcelo; BALCARCE, Fabián I; HAIRABEDIÁN, Maximiliano; FRASCAROLI, María Susana; AROCENA,

A lo largo de los capítulos XXVII y XXVIII del Leviatán, Hobbes hace una interesante reconstrucción del principio de legalidad, como así también de otras estructuras basales del derecho penal. Desde la definición de delito y sus elementos objetivos y subjetivos, pasando por las causas de justificación, los errores de hecho y de derecho, el rol de quienes aplican la ley, hasta cómo debe ser el castigo. Que haya dado tratamiento a estos tópicos no es un dato menor, considerando el contexto histórico en que se desarrollaron estas ideas: el siglo XVII en materia penal se caracterizó por la proliferación de sentencias judiciales arbitrarias y desproporcionadas⁴. Una descripción compleja de delito como la que formuló Hobbes es sin dudas una garantía ciudadana frente al castigo irrazonable.

Del capítulo XXVII podríamos extraer varios fragmentos capaces de definir distintas aristas del principio de legalidad penal. Nos dice Hobbes: «*No puede crearse un delito por ley posterior al hecho*»⁵

Y acto seguido continúa:

*“ninguna ley promulgada después de realizado un acto, puede hacer de éste un delito, porque si el hecho es contra la ley de naturaleza, la ley existía ya antes de la acción; pero de una ley positiva no puede tenerse noticia antes de que se promulgue, y, por tanto, no puede ser obligatoria”*⁶.

Pasajes como el mencionado se encuentran a lo largo del capítulo: “*cesando la ley civil, cesa el delito, porque no subsistiendo ninguna otra ley sino la de naturaleza, no existe lugar para la acusación*”.

La referencia es clara, solo la ley civil⁷ es la que puede establecer los delitos y solo las conductas cometidas con posterioridad a su sanción pueden ser juzgadas.

Gustavo A., “Manual de Derecho Procesal Penal”, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba – Editorial Advocatus – Tercera edición. 2012. Capítulo 3.

⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugenio (2011) – La cuestión Criminal- Fascículo 4to, Suplemento de Página XII.

⁵ Traducción propia, del original «*No law made after a fact done can make it a crime*», HOBBS, Thomas (1651).

⁶ Leviatán, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pág. 241. La publicación original dice: «*...because if the fact be against the law of nature, the law was before the fact; and a positive law cannot be taken notice of before it be made, and therefore cannot be obligatory*»

⁷ La utilización de la expresión “ley civil” es utilizada por el autor inglés como contraposición a “ley natural”. Esta diferencia es quizá uno de los puntos centrales del trabajo de Hobbes. A pesar de lo interesante del tema, no resulta necesario su tratamiento en atención al objeto del trabajo. Aun así, de acuerdo con el autor inglés la diferencia entre ley civil y natural es que esta última es “un precepto o regla descubierto mediante la razón, por el cual el hombre se prohíbe hacer aquello que es destructivo para su vida o elimine los medios para conservarla” (Hobbes, 2005, p.119). Por otro lado, el derecho consiste “en la libertad de hacer o de no hacer, mientras que la ley determina

Este principio puede verse en relación a acciones no queridas y también respecto a las sanciones establecidas. Así, podemos observar que *“cuando una pena se asocia al delito en la ley misma o ha sido usualmente infligida en casos análogos, entonces el delincuente queda eximido de una mayor penalidad. En efecto, si de antemano se conoce el castigo, cuando éste no es bastante grande para disuadir de la acción constituye un estímulo para ella, porque cuando los hombres comparan el beneficio de la injusticia por ellos cometida con el daño que representa su castigo, por razón de naturaleza eligen lo que resulta preferible para ellos, y, por tanto, cuando son castigados más de lo que la ley había determinado anteriormente, o más que otros, fueron castigados por el mismo crimen, es la ley la que los induce...”*

En función de lo expuesto, Hobbes define con justeza el principio de legalidad penal, que funciona como garantía principal ante la arbitrariedad punitiva del Estado y permite a los ciudadanos conocer de antemano el catálogo de actividades que merecen, a criterio de la ley, una sanción. Inicialmente, podríamos decir que este catálogo delictivo forma parte de lo que actualmente se denomina «tipicidad» en el derecho penal. Según Lascano⁸ *“el tipo se limita a la determinación conceptual de la figura formal del hecho punible”*, que es lo que Hobbes exigía que fuera creado por una ley con anterioridad a que tuviera lugar la conducta a juzgar. Ahora bien, aunque en la dogmática penal existe una vasta discusión respecto a los contornos precisos de los elementos del delito, hay cierto acuerdo en que un crimen se compone de dos elementos principales –que a su vez lo definen–: el primero es la existencia de una acción objetivamente típica, mientras que el segundo consiste en el elemento subjetivo que debe estar presente en la intelectualidad del autor –dolo o culpa–.

En los desarrollos realizados por Hobbes ya se avizoraba esta distinción: no solo exigía la sanción legal de las conductas, sino que estudió lo que podríamos llamar «faz subjetiva» del tipo penal. En efecto, Hobbes dice que *«...Experimentar, aunque sea en la imaginación solamente, el deleite de poseer los bienes, los sirvientes o la mujer de otro, sin intención de tomarlo por la fuerza o por el fraude, no constituye un quebrantamiento de la ley que dice: No codiciarás; ni el placer que un hombre puede tener imaginando o soñando la muerte de aquel de cuya vida no espera otra cosa sino daño y sinsabores, es un pecado, sino la resolución de poner en ejercicio algún acto que tienda a ello. En efecto, complacerse en la ficción de aquello que*

y obliga a las dos cosas” (Hobbes, 2005, p.119). Es conveniente recordar que para Hobbes la paz social o la paz de la comunidad es la principal ley natural y por tanto ha de ser la finalidad más importante en la vida de hombres y mujeres. Este tema es analizado con detenimiento por HART en los capítulos VIII y IX del libro “El concepto del derecho”, traducción de Genaro Carrió. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

⁸ LASCANO, Carlos Julio (H) (2005) en “Derecho Penal - Parte General”. Libro de Estudio. Advocatus. Primera edición. Córdoba. Pág. 261.

agradaría a un hombre si llegara a realizarse, es una pasión tan inherente a la naturaleza del hombre y de cualquiera otra criatura viva que hacer de ello un pecado, sería convertir en pecado, también, el hecho de ser hombre».

«Así, pues, todo delito es un pecado: en cambio, no todo pecado es un delito. Proponerse robar o matar es un pecado, aunque no se traduzca en palabras o en hechos, porque dios, que ve los pensamientos del hombre, puede cargárselo en cuenta; pero hasta que se manifieste por alguna cosa hecha o dicha, en virtud de la cual la intención pueda ser argüida por un juez humano, no tiene el nombre de delito».

La importancia institucional de esta propuesta hobbesiana es destacada. El autor asume la existencia de pautas objetivas legalmente establecidas para que una acción pueda ser caracterizada como delito y a su vez demanda la existencia de una faz volitiva por parte de la persona que lleva adelante acción, voluntad que tiene que exteriorizarse y ser probada ante un juez.

No sólo eso, sino que otro de los aspectos abordados por Hobbes se relaciona con la posibilidad de eximir de pena a quien no conoce el alcance de la ley. En su propuesta, esta circunstancia opera siempre que se den ciertas condiciones habilitantes. Así, por ejemplo, para nuestro filósofo la falta de medios para conocer la ley exime de responsabilidad –una circunstancia que actualmente la dogmática penal analiza como el problema del «error de prohibición invencible»⁹, al que asigna importantes consecuencias jurídicas como eximente de la responsabilidad penal—. En efecto, explica que *«la ley de la cual uno no tiene medio de informarse, no es obligatoria»*.

Como consecuencia de lo expuesto, la faz subjetiva del delito en Hobbes se compone tanto por la intención de llevar adelante el hecho, como también por la necesidad de conocer la ilicitud de la acción. En resumidas cuentas, define lo que trescientos años después sería un profundo debate en la dogmática penal, estableciendo las pautas mínimas que integran el tipo penal, en su lado objetivo y subjetivo.

III.- Causas de justificación e integración del tipo penal.

Si bien en la dogmática penal de raigambre alemana o continental existen diversas formas de entender el delito –asociadas a las diferentes escuelas que se han

⁹ Ver PAWLIK, Michael (2020) - Error de prohibición en caso de situación legal confusa – Indret 032020. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Pág. 560/575.

sucedido— existe en esa tradición un amplio consenso en definir al delito como una «acción, típica, antijurídica, culpable y punible»¹⁰. Tomando en consideración esa estipulación, es posible ver cómo Hobbes —siglos antes— ya había identificado los elementos que componen al tipo penal. Dentro de esa estructura, el autor inglés se adentró en el tratamiento de la antijuridicidad y las causas de justificación. Efectuó, en ese sentido, la ponderación de una serie de conductas que, a pesar de ser ilegales y aun cuando su autor haya obrado con la intención de cometerlas, se encontrarían justificadas.

La discusión es relevante toda vez que muchos autores contemporáneos de derecho penal al hablar de las causas de justificación, aluden a conductas que encuadrando en un tipo penal, dada una particular ponderación de ciertos valores en juego, no deberían ser castigadas¹¹. En los capítulos bajo análisis del Leviatán, Hobbes se dedica a hacer una pormenorizada ponderación y mesuración de este tipo de valores mediante la exposición de diversos ejemplos para mostrar como, en ciertas ocasiones, las personas estarían excusadas de dar cumplimiento a la ley. En ese sentido esbozó un supuesto de estado de necesidad¹², vinculado con lo que él identifica como «instinto básico y natural de la persona de preservar su vida»: «...*un hombre que por terror a la muerte inminente se ve obligado a realizar un acto en contra de la ley, queda excusado totalmente ya que ninguna ley puede obligarle a renunciar a su propia conservación*». A lo largo de los años años, distintos penalistas precisaron los alcances de este tipo de eximentes brindando pautas para la mesuración de los valores en juego: existencia de un mal inminente, que el derecho que se intenta proteger sea más valioso o igual que el que se lesiona, no haber participado en la producción de ese mal y que el autor no esté obligado a soportar ese mal por alguna razón¹³.

Otro ejemplo propuesto por Hobbes de estado necesidad lo encontramos en quien «*carece de los mínimos elementos para subsistir o necesita defender su propia existencia, es decir cuando un hombre está desprovisto de alimento o de otra cosa necesaria para su vida y no puede protegerse a sí mismo de ningún otro modo sino realizando algún acto contra la ley*». El ejemplo es valioso en la medida que además de servir como justificación de la

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2014) – Tratado de Derecho Penal, Parte General – Segunda Parte, Teoría del Delito. Ediar. Buenos Aires.

¹¹ BALCARCE, Fabián (2005) en “Derecho Penal - Parte General”, Advocatus, Córdoba, pág. 372. LASCANO, Carlos Julio (h) Director.

¹² CORTES DE ARABIA, Ana María (2005) en “Derecho Penal - Parte General”. Libro de Estudio. Advocatus. Primera edición. Córdoba. Pág. 435. Capítulo “Causas de Justificación”, LASCANO, Carlos Julio (h) Director.

¹³ FONTAN BALESTRA (1995) – Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo II, segunda edición. Abeledo Perrot. Pág. 173.

conducta, permite advertir la imposibilidad del Estado de exigir el comportamiento descrito en la norma penal. Autores como Duff¹⁴, Green¹⁵ o Ciguela Solá¹⁶, presentan interesantes debates a cerca de la legitimidad que puede tener el Estado de reclamar o responsabilizar penamente a personas que se encuentran excluidas política, civil o socialmente.

Siguiendo con los ejemplos del Leviatán, Hobbes nos brinda diversas posibilidades que operarían como eximentes o atenuantes de la responsabilidad. Por ejemplo, quien acciona contra la ley por *«autorización de otro. El que obra contrario a la norma queda excusado por esta autorización y recae sobre el autor la responsabilidad del hecho ilegal, porque nadie debe acusar su propio acto en otro que no es más que su instrumento»*, o el caso de *«un delito que tiene como origen una pasión repentina, no es tan grande como si deriva de una larga meditación. En el primer caso existe una posibilidad de atenuación, basada en la general debilidad de la naturaleza humana»* o *«Aquellos hechos que la ley condena expresamente, pero que el legislador tácitamente aprueba por otros signos manifiestos de su voluntad, son delitos menores que los mismos hechos condenados por la ley y por el legislador»*.

Estas causas de justificación y de atenuación de la responsabilidad o la culpabilidad de la persona han sido receptadas en la gran mayoría de los códigos penales. Sin ir más lejos, el código argentino contempla en su artículo 34 muchos de estos supuestos de hecho. Debe resaltarse entonces la profundidad con la que Hobbes analiza las conductas que, aún siendo típicas, no permiten ser sancionadas, o exigen, al menos, una sanción atenuada. El autor inglés realiza una precisa evaluación de los valores en juego, los pondera adecuadamente, priorizándolos por encima de la potestad del Estado de hacer cumplir sus leyes.

IV.- Consideraciones en torno a la punibilidad y al castigo.

Otro aspecto que el filósofo analiza en su obra está relacionado con la pena que sufre quien comete un delito. En el capítulo XXVIII del Leviatán define a la pena como *«un daño infligido por la autoridad pública sobre alguien que ha hecho u omitido hacer algo,*

¹⁴ DUFF, A. (2001). *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press, Capítulo 5.

¹⁵ GREEN, S. P. (2020). Merecimiento justo en sociedades injustas. Un enfoque basado en casos específicos. *Fundamentos filosóficos del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.

¹⁶ CIGÜELA SOLA, J. (2018). *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo blanch.

y que es juzgado por la misma autoridad como una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres pueda quedar de este modo dispuesta para la obediencia».

En este extracto se reconocen las dos formas posibles de delinquir –acción y omisión–¹⁷ y ya está presente la noción de que la pena no va dirigida al propósito de venganza sino al de corrección o, como se conoce actualmente, resocialización. El autor, entonces, condiciona la validez de la pena a la obtención de determinada finalidad que asocia con lo que hoy se conoce como «prevención especial positiva»¹⁸, descartando que esta sea impuesta solamente como revancha hacia el delincuente. Así refiere que *«Todo el mal que se inflige sin intención o sin posibilidad de disponer al delincuente y a otros hombres, a ejemplo suyo a obedecer las leyes, no es pena sino acto de hostilidad, ya que sin semejante fin ningún daño hecho queda comprendido bajo esa denominación».*

Además de proponer una concepción de la pena y una teoría de la pena, Hobbes analizó, dentro de este marco teórico, el rol que deben desempeñar quienes tienen la tarea de definir el catálogo de penas a aplicar. Plantea la conveniencia de que el soberano lleve a cabo una *«correcta aplicación de los castigos y las recompensas»*, teniendo en cuenta que la finalidad del castigo no es la venganza y la descarga de ira, sino que tiene el propósito de *“corregir al ofensor”*.

Así, las sanciones más severas deben infligirse por aquellos crímenes que resulten más peligrosos para el común de las gentes; tales son, por ejemplo, los que se proceden del daño inferido al “gobierno normal”, los que derivan del desprecio a la justicia, los que provocan indignación en la multitud y los que quedando impunes parecen autorizados cuando son cometidos por hijos, sirvientes o favoritos de las personas investidas con autoridad. En cambio, en los delitos provocados por la *«debilidad, como son los que tuvieron su origen en un gran temor, en una gran necesidad o en la ignorancia de si el hecho era o no un gran delito, existe muchas veces lugar para la lenidad, sin perjuicio para el Estado»*¹⁹.

¹⁷ PIÑERO, José Ricardo (2005) en “Derecho Penal - Parte General”, Advocatus, Córdoba, Lección siete.

¹⁸ Ver GONZÁLEZ RAGGIO, Ramiro A. (2019) - La pena y los intentos de justificación. Las teorías de la pena y su problemática. Revista Pensamiento Penal. 26/11/2019. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48311-pena-y-intentos-justificacion-teorias-pena-y-su-problematica>.

¹⁹ Una distinción actual de delitos propone diferenciarlos en: a) Aquellos cuya punición se justifica a partir de cierto vínculo que la persona tiene con la comunidad política o con el Estado al que pertenece. b) los que no dependen de ese vínculo, ya que su sanción encuentra razones en la

De la definición de pena, -y lo analizado en relación a sus características, finalidad y proporcionalidad-, Hobbes deriva una serie de conclusiones importantes tales como que «*el mal infligido por la autoridad pública sin pública condena precedente, no puede señalarse con el nombre de pena, sino de acto hostil, puesto que el hecho en virtud del cual un hombre es castigado debe ser primeramente juzgado por la autoridad pública por ser una transgresión de la ley*». O bien: «*El daño infligido por un hecho realizado antes de existir una ley que la prohibiese no es castigo sino acto de hostilidad porque con anterioridad a la ley no existe transgresión de la ley*».

De esta manera, sus apreciaciones respecto al castigo y a la sanción penal, son acordes con las diversas discusiones penales y penitenciarias contemporáneas. Lo interesante es, además, que sus postulados proliferaron a mediados del siglo XVII, donde muchos de los castigos que practicaba el Estado se efectuaban con la sola finalidad de infligir dolor y bajo modalidades aberrantes.

V.- Palabras finales

Me permito entonces terminar como comencé. En 1764 el Beccaria llamó la atención hacia la arbitrariedad e inhumanidad de las leyes criminales y los castigos que se aplicaban, pronunciándose también contra el arbitrio judicial en la determinación de delitos y penas. En su obra puede leerse que «*Sólo las leyes pueden decretar penas para los delitos. La autoridad para esto sólo puede residir en el legislador...*»²⁰. Las ideas propuestas por Beccaria y por otros pensadores de la ilustración penal iban orientadas, principalmente, a luchar contra el sistema inquisitivo imperante en aquel contexto socio-temporal; a reducir la violencia del Estado y someterla al control de legalidad y a cambiar la visión del castigo, caracterizado en aquel momento por la barbaridad e irracionalidad²¹.

protección de obligaciones básicas –y hasta naturales– que nos debemos en razón de nuestra humanidad. A los primeros se los conoce como mala prohibita, mientras que a los últimos como mala in se. Esta distinción puede estar presente en autores como DUFF, GREEN, SILVA SÁNCHEZ y muchos otros. La diferencia posee relevancia práctica cuando debatimos a cerca de la legitimidad del Estado a la hora de reclamar penalmente. Véase a esos fines GREEN, S. P. (2015). The Conceptual Utility of Malum Prohibitum. *Rutgers School of Law. Dialogue 0 1 – 1 1*. Canadian Philosophical Association.

²⁰ BECCARIA, Cesare (1764) “De los delitos y las Penas”.

²¹ TORRES CARABALLO, José A. (1971) - Hobbes y el principio de legalidad- *Revista de ciencias sociales*, volumen xv, número 1, Universidad de Puerto Rico.

Beccaria es reconocido por la historia como aquel intelectual que impulsó la implementación de frenos a la imposición de castigos arbitrarios por parte del Estado. Hobbes, por el contrario, es comúnmente reconocido como el defensor del Estado absolutista. Sin embargo, y tal como he mostrado a lo largo de estas páginas, Hobbes había formulado –ya más de un siglo antes de las propuestas del autor italiano– los principios básicos de la teoría del delito tal como la entendemos actualmente y había dado forma a las principales garantías que las personas tienen frente a la actividad Estatal de perseguir y castigar conductas delictivas. Sus muchas veces olvidados argumentos han sido, estimo, fundamentales aportes al campo del conocimiento penal y procesal penal y este trabajo procura ser una breve, pero no menos importante, reivindicación de algunos de sus postulados.