

«FRAGMENTOS DE FILOSOFÍA», NÚM. 6, 2008, pp. 81-103. ISSN: 1132-3329

ANTONIO HERMOSA ANDÚJAR

## LA DOCTRINA PENAL DE HOBBS

Época de proyectos de reformas y de defensa de los derechos del hombre, el s. XVIII conjugó ambos “sueños”<sup>1</sup> también en el ámbito penal. El resultado fue una discusión desconocida hasta entonces del “problema penal”<sup>2</sup>, madurada en frutos como la secularización y humanización de la filosofía y del derecho penal, la racionalización de los ordenamientos penales –objetivación de las penas en figuras de delito, establecimiento de escalas de gravedad de los delitos– y la simplificación de los procedimientos judiciales. Frutos ésos todos ellos obtenidos en común por las dos ideologías –la utilitarista y la retributiva– que ya por entonces<sup>3</sup> contendían entre sí por obtener el favor de la razón en los asuntos relativos a la naturaleza y a los fines de la pena, y hermanadas aún más por el mutuo deseo de despenalizar “las materias de foro interno, de conciencia y de religión”<sup>4</sup>, y por la consecuencia de ello desprendida: la ampliación del ámbito del derecho constitucional a costa y en proporción a la mengua del territorio del derecho penal<sup>5</sup>.

El hito teórico de la discusión penalista, corolario de numerosos razonamientos y punto de partida de otros más, lo constituye el librito de Beccaria<sup>6</sup>, saludado con verdadero alborozo por los “philosophes” y los “politiques”

<sup>1</sup> U. im Hof, *Das Europa der Aufklärung*, München, 1993, cap. V.

<sup>2</sup> Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, pp. 383 s.

<sup>3</sup> Y desde entonces para siempre, como señala Harris, *Legal Philosophies*, London, 1980, cap. V.

<sup>4</sup> Tarello, *idem.*, p. 389. El lector interesado puede seguir las vicisitudes del pensamiento europeo por llegar a fijar la tolerancia –de ello, en efecto, se trata– como norma social en el libro de Kamen *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa moderna*, Madrid, 1987.

<sup>5</sup> Tuvimos ocasión de contemplar ese proceso más en concreto, en la esfera de las ideas, al analizar los argumentos empleados por Rousseau en su autodefensa frente a las acusaciones movidas contra él por el Petit Conseil de Ginebra; véase nuestra introducción a las *Cartas escritas desde la montaña*, Sevilla, 1989, págs. 9–22.

de un extremo a otro de Europa. Si bien la filosofía social contenida en dicha obra sigue la huella ilustrada, gran parte de la problemática penal, especialmente lo tocante a la tortura y a la pena de muerte –con la condena explícita y sin paliativos de ambas, tanto con argumentos morales como técnicos–, creará a su vez una estela tras la cual veremos caminar al futuro<sup>7</sup>. Empero, en esa labor de humanización y de racionalización del derecho penal, el siglo XVIII no está solo, y si ni extensiva ni intensivamente admite parangón con los precedentes, algunas de las señas de identidad indicadas ya las vemos despuntar en el s. XVI. En su *Utopía*, por ejemplo, Moro pone en solfa el principio estoico de la igualdad de los delitos abogando por el establecimiento de escalas de gravedad de los mismos; llega igualmente, en el interior de dicha problemática, y con argumentos no sólo teológicos sino también ético-psicológicos, a declarar injusta la pena de muerte, y es un decidido partidario de la humanización de los castigos, al punto de considerar ideal la medida de los Polileritas de no castigar al delincuente que no haya actuado con crueldad<sup>8</sup>, etc. Por último, pasando directamente a nuestro objeto de estudio a fin de no alargar demasiado la genealogía, se ha dicho que algunas de las ideas básicas presentes en la doctrina penal liberal, como las de enmienda y prevención, o en algunos códigos democráticos, como las de legítima defensa y estado de necesidad, tienen sus raíces en las que Hobbes diseminó en su obra, en la que igualmente se contendrían las premisas para declarar persona non grata a la pena de muerte, es decir, las premisas que encuentran conclusión en la obra del mismísimo Beccaria.<sup>9</sup> Intentaremos hacer justicia a semejante juicio histórico exponiendo de manera sistemática el ideario penal hobbesiano: “Un delito es un pecado que consiste en cometer, de omitir lo que la ley manda hacer...”<sup>1</sup>

Fuera de la sociedad civil, el deseo de seguridad y vida cómoda del hombre,

<sup>7</sup> Un futuro que, en su dimensión presente, sigue confuso y sin decantarse en absoluto, pese a sus victorias legales en numerosos países democráticos, del lado del jurista milanés (cf. un resumen de la problemática actual en Bobbio, *Contro la pena di morte e il dibattito attuale sulla pena di morte* [en *L'età dei diritti*], Torino, pp. 181–233.

<sup>8</sup> México, F.C.E., pp. 23 s.

<sup>9</sup> Cf. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese*. Hobbes, Bentham, Austin, Milano, 1962, pp. 86 s. Con todo, aun aceptando la modernidad de Hobbes, su relación con Beccaria en la cuestión de la pena de muerte nos parece bastante forzada (hay delitos capitales que exigen castigos capitales, según Hobbes: *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, Madrid, 1992; cf. los respectivos capítulos. Mucho más fácilmente se la encuentra al analizar la definición de delito y pena de uno y otro, claramente formalista en ambos.

<sup>1</sup> Leviatán, Madrid, 1989, cap. 27, p. 235 (Tr. Carlos Mellizo).

su instinto de felicidad, quedaba fuera de la tierra prometida –como, por lo demás, dentro de ella tantas veces quedará sólo en mera promesa. El deseo de conocimiento, el de goce sensual y demás pasiones de paz, al igual que las leyes naturales racionalmente cognoscibles, no logran conformar un dique seguro frente al torrente del deseo de poder, cuyo caudal de aguas combinadas termina por poner en peligro la existencia humana: y por exigir la presencia de un “poder visible” (L., cap. 17, pág. 141) para –mediante el temor que suscita y los cauces que abre– conjurarlo. La mera existencia de dicho poder pone en cierto modo fin a la aventura natural de los individuos, a la incapacidad de autogestión de su convivencia sin más bagage que el aportado por las solas fuerzas naturales. La existencia del artificio del poder es, pues, la manifestación del fracaso de la naturaleza humana para gestionar por sí misma la convivencia, y como dicho poder conducirá en lo sucesivo dicha convivencia mediante leyes, la mera existencia de la ley es ya el primer castigo de aquélla.

Será precisamente la infracción –de palabra u obra, por acción u omisión– de tal ley lo que la definición anterior designó como delito. El delito, por tanto, sólo se da en sociedad, sólo donde hay leyes establecidas por un soberano. Ahí reside una de sus diferencias con el pecado, concepto al que presupone y subsume: “... De tal manera que todo delito es un pecado, aunque no todo pecado es un delito”<sup>2</sup> (se lee en la definición anteriormente interrumpida). La supremacía del delito frente al pecado<sup>3</sup> es un distintivo de la secularización de aquel concepto, el reconocimiento de que, como señala Tarello, el bien tutelado por la norma no es la salvación de las almas, sino el poder soberano<sup>4</sup>. Pero aquella supremacía es igualmente un distintivo de libertad. Detengámonos un momento en la relación entre ambos conceptos a fin de hacer esto más visible. Se peca, indica Hobbes, no sólo cuando se delinque: cuando se hace o dice algo prohibido por las leyes, o bien cuando se omite algo ordenado por ellas –por cualquiera, sea natural o civil, y ahí surgía la primera diferencia entre ambos; es decir, se puede pecar siempre, antes y después del Estado, y

<sup>2</sup> Aunque Ferrajoli no cite a Hobbes en este contexto, es indudable que en este punto la doctrina hobbesiana adolece de los defectos propios de determinadas definiciones formalistas, al proponerse “como definiciones filosófico prescriptivas que no se limitan a decir que los delitos ‘son’ prohibita, sino que también afirman que justo por ello ‘deben ser’ considerados *peccata*”. De este modo incurren en el defecto opuesto al de las definiciones sustancialistas, insuficiencia en la que coinciden con ellas (cf. *Diritto e ragione*, Bari, 1989, pág. 369).

<sup>3</sup> Esa supremacía racional tenía una base histórica: los cánones eclesiásticos formaban parte del derecho inglés “sólo en virtud del gran sello de Inglaterra” (Diálogo, cit, p.16).

<sup>4</sup> Op. cit., ib.

pueden pecar todos, incluido el soberano: haciendo dejación de sus deberes<sup>5</sup> peca. Pero se peca también con sólo tener la intención de realizar cualquier acción de las antedichas, aunque no la lleve a cabo. La intemporalidad del pecado, que no distingue ni somatiza historia ni prehistoria, o mejor, sociedad ni naturaleza; la universalidad del sujeto pecador<sup>6</sup>, que incluye al soberano una vez constituida la sociedad; y la intención como territorio de la jurisdicción del pecado conforman la personalidad diferenciada de éste frente al delito, que desconoce la vida natural, resulta inaplicable al autor de las leyes y tiene prohibida la entrada al ámbito de la conciencia. Facultando únicamente a las acciones con la fuerza suficiente para cometer delitos, pero no a las intenciones<sup>7</sup>, la libertad gana para su causa el foro interno, es decir, se gana la libertad de conciencia. Tal es el triunfo de la secularización en Hobbes. Pero se trata, como hemos visto, de una ganancia aún parca; la libertad se contenta jurídicamente con la conciencia, pero sólo parcialmente con la legalidad: obliga al soberano a actuar mediante leyes, pero acto seguido no le obliga a respetarlas<sup>8</sup>, le sitúa más allá del delito y de su consecuencia, la pena, es decir, más allá del derecho<sup>9</sup>; por así decir, más cerca de Dios, contra el que se puede pecar, que del hombre, que puede delinquir.

Al delimitar el ámbito del delito con la acción, y al fijar como referente suyo la ley –la ley civil, la única digna de ese nombre (L., cap. 15, pág. 133)–, el concepto secularizado de delito se vuelve también formalista. Y es que, en efecto, “lo que confiere naturaleza de delito a los comportamientos no es una cualidad intrínseca suya, sino la prohibición y la sujeción a pena”<sup>10</sup>. El comportamiento delictivo por sí mismo no existe en Hobbes, pues presupondría la

<sup>5</sup> Diálogo, ib.

<sup>6</sup> Adviértase que de esta diferencia, patente en el *Diálogo*, Hobbes no se hace eco en el *Leviatán*. La historiografía hobbesiana, digámoslo de paso, sufre el mismo ataque de amnesia, o de desatención, que el autor inglés.

<sup>7</sup> Acerca de la importancia de este punto nodal de la filosofía penal de Hobbes, que le convierte en precedente de Montesquieu, Beccaria y Condorcet, cf. Ferrajoli, op. cit., p. 486.

<sup>8</sup> Esa suerte de obligación imperfecta, a mitad entre la perfecta –absoluta– de los súbditos, salvo en caso de defensa personal, y la falta absoluta de obligación que señala un Polin (cf. nota siguiente), ha sido bien destacada por F. Lessay en su *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, Paris, 1988, pp. 109 s.

<sup>9</sup> En este sentido puede decirse con Polin que el “soberano es un individuo único”, si bien de ahí no cabe deducir, como hace el autor francés, que ni contrato ni leyes crean ningún tipo de obligación para el soberano (*Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, Paris, 1977, p. 124).

<sup>10</sup> Tarello, op. cit., p. 62.

existencia de un mal absoluto por sí mismo al que aquél tendiera voluntariamente en lugar de hacerlo frente a su natural antagonista: el bien absoluto. Pero esos frecuentes habitantes de la morada de la ética a lo largo de la historia deambulan por las páginas de Hobbes como una colección de fantasmas del ayer, arrastrando sus cadenas por el aquí y el ahora de cada individuo singular; no sólo no trascienden la frontera de la subjetividad, en cuyo interior cada sujeto llama bueno al objeto que desea, transformándolo así en bueno para él; ni siquiera es capaz de resistir la sucesión de deseos de un mismo individuo, que así transforma en bueno el objeto que él quiere *hic et nunc* (L., cap. 6, p. 51). En semejante relativismo había sucumbido la concepción nominalista de la ética, complementaria de su homónima epistemológica; negando la existencia de reglas absolutas de lo bueno y de lo malo, designificando nombres como “finis ultimus” o “summum bonum”, el nominalismo había plantado en la razón las semillas del desacuerdo y de la discordia, que las pasiones abonarían sin tardar y la falta de un poder público en grado de suscitar temor harían florecer. La institución del Estado pondría término a ese ciclo natural, suplantando la inexistencia de un bien absoluto natural con la creación de un bien absoluto convencional: las leyes –o “reglas de lo bueno y de lo malo” (cap. 18, p. 150). Mediante su promulgación el soberano declara públicamente qué debe ser hecho y qué omitido, y los súbditos encuentran la norma común de referencia de lo lícito y de lo ilícito, de lo bueno y de lo malo, a la que en lo sucesivo quedan obligados. Querrán o no cumplirla, eso nada importa; podrán o no hacerlo: pero saben que si no lo hacen están actuando delictivamente, y saben igualmente que la hipotética impunidad natural de antaño ha sido sustituida por la certeza del castigo civil.

Así pues, lo malo no ha sido legalmente prohibido por ser malo; lo malo es legalmente malo por haber sido prohibido. Violar la ley es delito; y ninguna otra cosa, salvo eso, es delito. El formalismo legal sigue al nominalismo ético con similar fuerza lógica a como la pena sigue al delito<sup>11</sup> o el efecto a la causa. Ahora bien, una vez establecida la ley, una vez determinado objetivamente lo bueno y lo malo, qué impulsa a los individuos hacia su infracción. La respuesta es sencilla: permaneciendo idéntica la naturaleza humana, resulta lógico que las mismas causas que un tiempo hicieron necesaria la organización de la

<sup>11</sup> Señalemos a este respecto que si bien dicho trayecto es continuo no por ello es recto; entre uno y la otra, entre el castigo y la pena, se interpone inexorablemente el mundo de los tribunales, que incluye figuras como el juez, la acusación, el testigo y la sentencia (cf. en el *Diálogo* el capítulo dedicado a los tribunales).

fuerza, la creación del Estado, a Estado creado hacen necesario el castigo<sup>12</sup>. La triple fuente de la conducta delictiva en la sociedad civil reproduce en buena medida la de la conducta violenta en la “sociedad natural”<sup>13</sup>, si bien ahora la mera existencia de la fuerza limita cuantitativamente las manifestaciones de tal conducta, y su segura aplicación reduce cualitativamente sus efectos. Las dos primeras fuentes, las más inocuas, son racionales, en tanto la tercera, mucho más nociva, tiene su sede en la voluntad. En “algún defecto del entendimiento”, es decir, en “la ignorancia”, consiste la primera de ellas, la cual revierte sobre tres objetos posibles: la ley, el soberano y la pena. La sentencia dictada por Hobbes sobre los comportamientos delictivos guiados por la ignorancia es condenatoria: *ignorantia non excusat*<sup>14</sup>. El sujeto que delinque bajo los efluvios de la ignorancia es principalmente un sujeto responsable de un cierto desinterés por la cosa pública, ciertamente desagradecido ante quien vela por su seguridad, y si bien paga por ello, el castigo a expiar nunca será paragonable al de quien actúa de mala fe.

La segunda fuente es esa “opinión errónea” en la que termina cristalizando un “error de razonamiento”. También aquí el sujeto pagará su error, pero tampoco tan caro como quien delinque a sabiendas. Además, aquí el sujeto es responsable directo, como en el caso anterior, sólo cuando la violación de la ley se debe a un cierto engreimiento, a una cierta autosatisfacción: como la implicada en el hecho de “presumir falsos principios” –un ejemplo: no hay justicia–, o en el hecho de deducir falsas inferencias de principios verdaderos, y actuar luego en consecuencia. De este modo la autoridad queda deslegitimada con la primera conducta, y afrentada con las dos. En cambio, en el tercer caso –segundo en el elenco de Hobbes– de violación de la ley por el mismo motivo, el infractor es responsable indirectamente: se ha dejado seducir por los cantos de sirena de tanto “falso maestro” que malinterpreta la ley, haciéndole decir a ésta lo que no quiere o quitándole poder al quitarle súbditos. Quien crea amparar sus acciones bajo tan, en apariencia, augustas alas, deberá penar por ello, pero su error, proviniendo originariamente de la razón de otro, será menos

<sup>12</sup> Cf. *Diálogo*, cit, pág. 8.

<sup>13</sup> Considero enteramente pertinente el uso de dicho concepto, insistiendo incluso en la idea de sociedad, para hablar de la convivencia humana preestatal. Cf. al respecto el capítulo que lleva precisamente dicho título.

<sup>14</sup> El principio general admite, empero, alguna excepción: a un extranjero, por poner sólo un ejemplo, le está permitido desconocer la ley –positiva– del país anfitrión en ciertas circunstancias, y ese desconocimiento sería su seguro de absolución en caso de juicio (sobre todo esto cf. L, cap. 27).

culpable que si promanara de la suya: y ese origen contará como atenuante (L., pág. 243).

Si la conducta delictiva mostraba en el caso de la ignorancia a un sujeto desinteresado en cumplir ciertas obligaciones, y en el del error a otro que comprendía mal su interés, la tercera fuente nos llevará, en cambio, por otros derroteros, sustituyendo el anterior defecto de razón en que cabría subsumir los dos tipos de causas de delito citadas por el de vicio de la voluntad. Naturalmente, son las pasiones el agente que conduce a la voluntad subjetiva hasta ese nivel socialmente patológico de región fronteriza del delito. Aun cuando Hobbes hable de “algún impulso repentino” (pág. 236) cuando hable por primera vez de las mismas, indicándolas como tercera fuente de delitos; y aun cuando se recalque la “vehemencia” (pág. 240) congénita a alguna de ellas, como la lujuria, sin embargo el individuo apasionado no por eso es un individuo que actúe de manera intempestiva en todo trance, o bien se contorsione perentoriamente al son del objeto que lo apasione: ni Dionisos sería su dios ni el automatismo de un resorte su emblema. El peligro con el que la pasión cerca la ley no consiste en un inexorable poder de transformar al sujeto en una hoja arrastrada por el primer viento<sup>15</sup>, sino en convertir la posibilidad de transgredir la norma social en un estado de la mente, en una fuerza constante del individuo en grado de doblegar ocasionalmente los dos posibles elementos disuasorios que la contienen: “un extraordinario uso de la razón” o la “invariable severidad” del castigo (pág. 239). Con todo, ambas barreras logran retener el potencial tendencialmente delictivo de ciertas pasiones en el umbral de lo tolerable para el orden social, y ese solo hecho, confirmado con la pervivencia de dicho orden a pesar de los delitos que lo azoran, demuestra por sí mismo que las pasiones no configuran un torbellino en el que dance la voluntad como una ménade arrebatada. Lo cual equivale a decir con otras palabras que la premeditación, la alevosía, y otras figuras con las que el delito construye sus agravantes caben en la conducta apasionada.

El permanente goteo de inseguridad que las pasiones destilan contra el cumplimiento de las leyes no proviene sólo de su fuerza congénita, ni tampoco de su condición de constitutivas de la naturaleza humana, es decir, de hacer de la naturaleza humana una tentación delictiva, sino también del hecho de que cada una de ellas –ahora veremos cuáles–, suficiente por sí misma para

<sup>15</sup> En ese caso, y como con una cierta mofa Sóstrato le hacía ver a Minos en uno de los diálogos de Luciano (*Diálogos de los muertos*, Madrid, 1987, págs. 142–4), no habría responsabilidad, y sin ella tampoco delito: en realidad, no habría individuo.

producir innúmeros delitos, es además susceptible de combinarse con las demás, multiplicando así su fuerza y con ello la probabilidad de transformar en rehenes suyos los deseos que dan existencia a toda voluntad y, en suma, a su titular en una bomba de tiempo lanzada contra las prohibiciones y los mandatos de la ley. Comprobaremos esto más adecuadamente analizando la esencia de las pasiones más propensas a desconocer los límites racionales y legales.

La “insensata sobreestimación” inherente a la vanagloria suele latir con frecuencia tras un amplio ramillete de delitos; tendencialmente impulsa al individuo a considerar letra muerta la igualdad legal, y por ende a desarrollar un comportamiento acorde con dicha presunción, vale decir, a imponer privilegios de hecho, apropiándose de bienes que la ley asigna a todos o a ninguno. Las riquezas, los amigos y la ilusión de ser depositario de una gran sabiduría aportan a su poseedor otros tantos títulos donde fundar su creencia, meros fuegos de artificio con los que deslumbrar a los otros y canjear en su conciencia los únicos legítimos, los expedidos por la autoridad soberana. Raros serán, agrega Hobbes, por último, los hombres afectos de vanagloria que no estén afectos de iracundia, esa llave maestra que apenas deja delito sin abrir. A semejante resultado se llega con ese cuadrilátero de pasiones compuesto por el odio, la lujuria, la codicia y la ambición, que tensan sin desmayo la mente en pos del objetivo, casi nunca realizable sin ofender algún precepto legal o humillar las máximas de la razón. Pero cómo podría ésta detener con consejos lo que aquél no siempre consigue ni aun con sus amenazas. Pero el odio sigue siendo odio hasta que destruye su querencia, la codicia está siempre triste cuando no se sacia, y siempre le quedará alguna riqueza por atesorar, y la ambición siempre ve un cargo por encima del obtenido, o a otros con tanto o más poder cuando se ha llegado al vértice del trono. Y respecto de la lujuria, a ella sí que su vehemencia le impide ver más allá de sí misma: ni siquiera el castigo que asiduamente le espera tras la esquina del objeto recién consumido.

Las pasiones no sólo intervienen en los delitos para provocarlos, sino que constituyen también el primero de los factores que determinan la escala de gravedad de los mismos, junto a otros utilitaristas como el grado de propagación que alcancen, el daño social que causen o las circunstancias –de tiempos, lugares y personas– que concurran en ellos. De este modo, y para acompañar al concepto de eximente, se involucran en la economía del delito los de agravante o atenuante. El primero deja una acción delictiva en acción al sustraerle el delito; los otros es como si, respectivamente, añadieran o quitaran delito a la acción que lo ha cometido. El resultado en todos los casos es que dicha acción no es la única mediación entre una ley y una –mala o errada– voluntad,

sino que a las condiciones personales intervinientes en el delito es preciso agregar, para configurarlo como tal, otras ambientales<sup>16</sup>. El resultado es, pues, que la acción delictiva no es una acción absoluta, objetivamente consistente en la transgresión sin más de un precepto legal. Dejando aparte los eximentes, agravantes y atenuantes constituyen la ocasión de dar voz en la legislación penal a los valores que presiden el orden constitucional, así como el lugar donde se hacen oír las circunstancias sociales alteradas por el delito. Así, y aun cuando la exposición hobbesiana no abstraiga en un concepto diferenciado los casos de agravantes o atenuantes de los tipos de delito a los que se aplican; y aun cuando alinee un tanto desordenadamente ejemplos de delitos contra el Estado, contra los individuos y contra la propiedad, a los que ambos criterios son aplicados<sup>17</sup>, ello no es óbice para que en la citada exposición pueda percibirse con claridad, tras cada agravante o cada atenuante, o el recurso al daño social o la aplicación de los dos valores base de la política hobbesiana, la seguridad y la vida cómoda –el fin del Estado–, a los diversos casos particulares. Por eso “un mismo acto” (pág. 243), como por ejemplo un fraude, cometido contra el Estado es más grave<sup>18</sup> que el cometido sobre un particular, pues el Estado es el tutor de los fines citados; por eso un robo cometido contra un hombre rico es menos grave que el cometido contra un pobre, porque éste se ve obstaculizado en su derecho a una vida cómoda; y todo ello cometido con premeditación es más grave que sin ella, pues muestra la permanencia en el tiempo de ofender la ley y a su autor, etc. O por eso, difundir ideas sediciosas es más grave cuando se hace desde la cátedra o el púlpito, porque son profesionales quienes lo hacen, etc. Agravantes y atenuantes complementan por tanto la noción de delito, añadiendo al elemento irreductiblemente personal de la voluntad tanto la dimensión social del individuo, personalizada en los

<sup>16</sup> Cf. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, Torino, 1978, epígrafe, 26.

<sup>17</sup> Tampoco se indican los posibles delitos no relativizables por dichas tablas de medir, ni si en el interior de éstas hay también grados.

<sup>18</sup> Hobbes se suma aquí, sin alevosía, a una inveterada tradición: el art. 8 del Código de Hammurabi (Madrid, 1982) también fija una pena mayor para el mismo delito según quién sea el objeto del mismo, el Estado o un particular; los arts. 3 y 4 hacen lo mismo dependiendo del delito cometido. Y el principio llega incluso a repetirse cuando, entre particulares, un delito cometido contra un "señor" deviene por ello más grave que si se comete contra un "subalterno", y contra éste la pena es mayor que si se comete contra un "esclavo" (arts. 196–198). Como se ve, en este caso la pena viola la idea de igualdad ínsita en el principio retributivo de la ley del Talió que preside la filosofía de la pena del Código, pues ni esclavos ni subalternos cuentan como iguales ni entre sí ni ante los señores. Está de más decir que este aspecto de la tradición no es compartido por Hobbes.

valores, como el referente de la propia sociedad, bienes jurídicos ambos que el Estado debe tutelar.

El concepto de eximente puso de manifiesto que no siempre la violación de la ley constituye delito. Hobbes explicaba la exención señalando la existencia de sujetos –“los niños y los dementes” (pág. 242)– incapaces por naturaleza de delinquir, e indicando situaciones –la defensa propia, el caso de necesidad– en las que los capaces de hacerlo no delinquían. ¿Constituye en cambio delito toda otra violación de la ley? Como la respuesta a dicha pregunta marca un lugar de encuentro entre la causa y el efecto, es decir, entre el delito y la pena, dejamos para después la contestación a la misma, poniendo aquí punto y final al discurso sobre aquél al objeto de dar inicio al de ésta.

“Un castigo es un mal infligido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido algo que esa misma autoridad juzga ser una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres esté por ello mejor dispuesta a la obediencia” (L., cap. 28, pág. 248).

Ni acción divina, ni acto hostil; la pena es una inversión legal con la que el soberano espera obtener una renta en obediencia mayor que el beneficio esperado por el súbdito al violar la ley. El rosario de hasta once consecuencias extraído por Hobbes de la definición anterior cabe en el compendio recién establecido por nosotros, en cuyo interior reaparecen ideas como las de secularización y legalismo, tan familiares a la doctrina penal hobbesiana. Ideas ésas que, como señalara Cattaneo, y pese a los peros que se les puede poner<sup>19</sup>, terminan abocando en el liberalismo.

La pena hobbesiana mira más al futuro que al pasado; si intimida es para prevenir nuevos delitos, no por reprimir los viejos: no hubiera llegado a tanto de haberse limitado su objetivo a castigar la acción delictiva. Por ello el temor que inspira, y mediante el que debe disuadir, es un temor que nada tiene que ver con esa “congoja neurótica” de que habla Fisichella, retomando una distinción de Neumann, cuando hace referencia al miedo mediante el cual el déspota ratifica su poder en el corazón de sus súbditos; se trata más bien de esa “congoja real” derivada de la simple existencia de la ley, y en concreto de

<sup>19</sup> Que desde luego habrán de ser diversos de los puestos por Kavka, quien en su *Hobbesian Moral and Political Theory* (Princeton, 1986, págs. 250–253) pasa su tiempo debatiendo problemas que Hobbes ni se plantea. A este respecto mucho más convincentes resultan los de Sorgi, quien recuerda cómo Hobbes también en este problema se muestra contradictorio: el legalismo penal –*nullum crimen, nulla poena sine lege*– coexiste con declaraciones como que el soberano puede dar muerte sin injusticia a un súbdito o a un extranjero, etc. (*Quale Hobbes?*, Milano, 1989, págs. 185–187).

la certeza con que la pena sigue a su transgresión<sup>20</sup>. Y por ello también la función disuasoria de la pena Hobbes la fía más a dicha certeza que a la severidad de la misma, anticipando la célebre idea de Beccaria expresada en las siguientes palabras: "Uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad"<sup>21</sup>. Veamos esto algo más despacio.

El fundamento de su concepción utilitarista de la pena Hobbes lo recaba de las leyes naturales sexta y séptima<sup>22</sup>, que prescriben respectivamente perdonar al ofensor y atender al bien futuro cuando éste garantiza al ofendido seguridad para el porvenir (L., XV, pág. 128). Sólo así, asevera Hobbes, la venganza –la retribución de mal por mal– se hará acompañar de la justicia en lugar de caer en la hostilidad; sólo pensando en esa plusvalía de obediencia generada por el castigo vale la pena castigar. Pero la pregunta por las condiciones de validez de las garantías, Hobbes la deja de hacer; y la de la explicación de la integración de dichos principios con otros aspectos de la doctrina, como la idea de agravante, ni él ni la mayoría de sus intérpretes la llegan a plantear<sup>23</sup>. No obstante, antes de ir directamente ahí conviene dar un rodeo por la cuestión de la certeza de la pena, pues en lo que mantienen de afin ambas cuestiones –la del fundamento y la de la certeza– la segunda puede servir de preámbulo a la primera.

Certeza y legalidad de la pena entremezclan hasta tal punto sus contornos que acaban por confundirse. A tenor de la definición antevista, la certeza de la pena empieza ya en el ámbito procesal, porque no siendo el Estado hobbessiano como el estado de naturaleza lockiano, ni hay castigo privado, ni es castigo público el castigo infligido al delincuente por el soberano antes de ser juzgado y declarado culpable (L., cap. 28, pág. 249)<sup>24</sup>. Y en el ámbito sustancial hay asimismo certeza aun en el caso de indeterminación de la pena, pues esa lagu-

<sup>20</sup> Fisichella, *Análisis del totalitarismo*, Messina–Firenze, 1978, págs. 55–58.

<sup>21</sup> 3. epígrafe XXVII, *Delle dolcezze delle pene*, op. cit.

<sup>22</sup> Cf. También *Del ciudadano*, cit, XIII–16.

<sup>23</sup> Watkins podría añadir un ejemplo más a la mayoría de los historiadores citados hasta el presente (*Hobbes's System of ideas*, London, 1965, epígrafe 26).

<sup>24</sup> Es por eso también que cuando la cárcel se usa para tener bajo "custodia segura" a un acusado, dicha retención no puede considerarse castigo, pues "ningún hombre es castigado antes de haber sido sometido a audiencia pública, y declarado culpable" (*idem.*, pág. 252). Añadamos que el reo condenado con la exigencia de un proceso judicial previo a la condena es la costumbre, contra cuya consideración como fuente de autoridad que suplante al soberano en dichos menesteres Hobbes arremete con irónica virulencia; dicha crítica se introduce con las siguientes palabras: "no entiendo cómo puede haber un delito para el que no hay sentencia, ni cómo puede infligirse una pena sin una sentencia previa (...)" (*Diálogo*, pág. 124).

na legal no exime al miembro de un Estado de saber “que la pena es una consecuencia de violar las leyes” de su Estado (L., cap. 27, pág. 236). Justamente por ello, recuérdese, la ignorancia de la pena no servía de excusa al infractor. Pero el ciudadano del Estado hobbesiano difícilmente se encontrará en semejante tesitura, y por tanto difícilmente se verá sometido a su correspondiente castigo indeterminado, sin más medida que la voluntad de quien tiene el poder de castigar; antes bien, la legislación penal aparecerá tasada por eso que los penalistas actuales llaman principio de simple legalidad, condensado en la máxima antes citada del *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>25</sup>, y que se ramifica en los principios de reserva de ley, de taxatividad y de irretroactividad. En efecto, según Hobbes, una acción no incurre en delito si una ley no había tipificado previamente tal hecho como delito; la ley debe, además, fijar la pena correspondiente a dicho delito; por último, ninguna ley actual puede considerar delito, ni por ende reo de castigo, un hecho cometido con anterioridad a la creación de dicha ley. Una pena más severa de lo estipulado por la ley o una pena actual para una acción realizada cuando no era delito serían sendos actos arbitrarios cometidos por el soberano contra el súbdito, puros actos de hostilidad contra un inocente que harían incurrir a su autor en otros tantos pecados contra la ley natural (L., cap. 28, pág. 253)<sup>26</sup>.

Ciertamente, una cosa es fijar la pena por ley y otra distinta es saber con un mínimo de precisión –queremos decir: de acuerdo con la justicia– qué pena fijar. La certeza de la pena se contentaría en principio con el hecho de haber sido legalmente determinada, pero Hobbes introduce aquí un elemento axiológico al medir su cantidad por el valor fundamental del fin que se persigue con ella. La cuestión es, pues, establecer un criterio para fijar la cantidad de pena a infligir, es decir, para hacer que la justicia rehuya la venganza, el pecado contra la ley natural. La solución hobbesiana no es la estrictamente proporcional de Beccaria<sup>27</sup>, sino que en su balanza pesa algo más el platillo del

<sup>25</sup> Para una distinción entre dicho principio y el de estricta legalidad, véase Ferrajoli, op. cit., págs. 374–377.

<sup>26</sup> Como puede apreciarse, el principio de irretroactividad de la ley marca el punto de confluencia anteriormente reseñado entre el delito y la pena, pues ambas figuras resultan ilegítimas cuando se aplican a un hecho anterior en el tiempo a la ley que lo tipifica como delito, es decir, como merecedor de sanción.

<sup>27</sup> En lo relativo a la humanización de las penas Hobbes presenta una tendencia donde Beccaria ofrece un resultado; éste, en efecto, da por tres veces el paso que falta al autor inglés: la proporcionalidad entre delito y pena, y la proscripción tanto de la tortura como de la pena de muerte.

castigo que su complementario: si la pena debe disuadir al infractor y a los demás, es decir, si debe inducir a la obediencia, tal objetivo se logrará con mayor seguridad si la pena supera en daño al beneficio obtenible con la violación de la ley, porque de lo contrario no sería sino “un premio o una redención”, es decir, un estímulo para reincidir (pág. 250).

Así pues, el metro de la proporcionalidad tendencial<sup>28</sup> con el que se ajusta la pena al delito contiene al mismo tiempo el fin por el que se aplica la pena, y en esa integración de solución técnica y función social cabe resumir la idea de justicia aplicada al dominio penal. ¿Pero cómo se ha llegado hasta ahí? ¿Se trata de una conciliación espontánea, en la que el factor social se reconduce al técnico con igual automatismo a como el ladrido se reconduce al perro? ¿Obtiene la sociedad un bien cada vez que el castigo encuentra su pena? El discurso hobbesiano, no respondiendo nada en concreto a dichas preguntas, responde sí, pues de un lado abogaba por atender al bien futuro en el castigo y de otro por una pena digna de éste, siendo el citado metro la encrucijada. Desandemos empero los caminos. La función de la pena era disuadir, tanto al autor del delito como a los demás, y los criterios rectores de su aplicación el perdón al ofensor y la consideración del bien por venir –promesa de garantías para el futuro mediante. Ese bien venidero sería la intensificación de la obediencia a las leyes, es decir: la paz. Por otra parte, si la pena alargaba sus efectos desde la disuasión hasta la obediencia ello era debido al hecho de ser la pena justa: de que cada delito había encontrado su pena. Ni la simple existencia de una pena, en efecto, implicaba disuasión, ni toda pena convenía a cualquier delito. Repetimos: penas benignas para simples delitos y penas severas para delitos graves era el ajuste ideal.

¿Pero en verdad se logra mejor el bien de la obediencia de ese modo? Con otras palabras: ¿es ese bien el que preside el entero proceso delictivo? Si prestamos atención al mismo veremos que, al ser el castigo cuasi proporcional al delito, y ser ése el que disuade, y al ser el castigo que disuade el que induce a una mayor obediencia, ésta derivaría de lo justo del castigo, con independencia no sólo de su cantidad, sino de la naturaleza del delito, es decir, de la enti-

<sup>28</sup> A este respecto, como al contrario, no debe llevarnos a error la existencia en la obra hobbesiana de frases como ésta: "... cómo puede haber proporción entre la doctrina y la hoguera", pues lo que quiere decirse con ello se dice en la frase siguiente: "entre una cosa y otra no puede establecerse ni igualdad, ni mayoría, ni minoría". Y el discurso acaba, luego de fijar los términos en que debe replantearse el castigo de herejía, recordando que dicho acto es función del soberano. Es decir, se está tratando de un problema distinto del nuestro (*Diálogo*, pág. 101).

dad del daño producido. Pero ese desinterés de la obediencia en la entidad del daño, que arrastraría consigo la de la pena, ese interés exclusivo de la obediencia por la correspondencia de ambos, ¿no estaría estableciendo de suyo una cesura entre la dimensión material del proceso delictivo y la formal, en detrimento de aquélla? ¿No estaría asimismo trazando otra entre la naturaleza y el fin de la pena, al condenar al castigo a reparar el delito mientras deja que sea su justeza la encargada de promover la obediencia a la ley? No sólo: una acción delictiva no era un hecho absoluto, sino relativo; en un robo, por ejemplo, no era igual que el robado fuera pobre o rico, y la pena reconocía –como agravante en el primer caso, como atenuante en el segundo– esa desigualdad. La formalización del correlato delito/pena como mera causa de la obediencia a la ley, ¿no está otorgando a esa igualdad y seguridad apreciadas en el robo –a la primacía de lo público sobre lo privado en otros casos, etc.: en suma, a los valores siempre presentes en el ordenamiento penal– el valor de meras comparsas: no está relegando a atenuantes y agravantes, a los valores inherentes a tales conceptos, al papel de viejas leyendas?

Además, la separación entre entidad y fin de la pena produce una ulterior consecuencia a tener en consideración. Si la justeza de la pena es el solo camino para llevar a los sujetos a la obediencia a las leyes, el efecto ya está implícito en la causa, con lo cual lejos de servir dicho fin como horizonte teleológico –y normativo– al proceso delictivo, no sólo no le añade nada, sino que es una consecuencia del mismo, o lo que es igual, la función social de la pena inhiere a la dimensión técnica de la misma, perdiendo su carácter sustantivo en tal proceso. Es decir, que ya no será el fin de la pena lo que determine su naturaleza, sino ésta la que determine aquél: ya pura función suya; que será la reparación –justa, o sea: con un cierto desequilibrio entre el daño procurado por la pena y el beneficio esperable de la infracción, favorable a aquélla– del daño lo que preceda, técnica y normativamente, a la finalidad del mismo impuesto por el castigo; en definitiva, y sacudiendo la ideología penal hobbesiana, que será la retribución de la pena lo que determine su utilidad.

Preguntábamos anteriormente por una posible conexión automática entre los elementos social y técnico del proceso delictivo y ya vemos no sólo lo afirmativo de la respuesta, sino que la relación se ha saldado con la inversión de los factores de dicho proceso: lo que pareció en su inicio ser causa ha devenido al final efecto. Su autonomía como factor sustantivo del proceso queda desautorizada además por otras figuras del mismo, como el reconocimiento de la pena de muerte. La pregunta anterior la situábamos junto a otra, que inquiría si derivaba necesariamente un bien para la sociedad cuando la pena

cumplía con su delito. La mera existencia de la pena de muerte entre los castigos posibles, habida cuenta que para todo individuo su vida era el bien esencial, no sólo contesta negativamente y por adelantado, sino que invita a replantear la cuestión del bien –la obediencia: la paz– conectado a la función disuasoria de la pena. Ya vemos que no es unívoco, pues el reo condenado a muerte difícilmente tendrá ocasión de obedecer tras la ejecución de su castigo. Dejemos ahora intervenir a la fantasía para formular sus dudas: ¿hubiera sido unívoco el bien de no haber existido la pena de muerte? Veamos cómo le responde la lógica.

Asociar el castigo a un bien futuro era una consecuencia de pretender extrapolar a la jurisdicción penal el mandato de las leyes naturales sexta y séptima, esta segunda, a su vez, derivación de la primera. Sin embargo, la ley que predica perdonar al ofensor que ha ofrecido garantías para el futuro tiene, una vez constituida la sociedad, mal entronque con la que predica considerar el bien futuro en los actos de venganza, y, si bien se mira, peor aplicación en el citado ámbito jurisdiccional. En efecto, en el estado de naturaleza la ofensa es una cuestión eminentemente interindividual, que se inicia y resuelve mediante acciones personales; en la sociedad civil, en cambio, las relaciones entre las personas aparecen mediadas por la ley. Sin duda, también allí había una ley de por medio, la ley natural, contra la cual el ofensor ha cometido pecado, pero el pecador dispuesto a mejorar encuentra en el ofendido al dios que se conmueve por su arrepentimiento y le absuelve de su falta. En el Estado dios –pero un dios a ratos– es el soberano, autor de las leyes con cuya violación el ofensor ha incurrido en un delito. Sin duda, también aquí el infractor puede obtener el perdón de su pecado, o mejor, de su delito, pero su absolución, en lugar de un hecho privado, será un acto público que el soberano justificará apelando a intereses públicos, a pesar de actuar siguiendo el precepto de la quinta ley natural. Añadamos que, desde luego, y respecto del castigo, ese precepto extiende una alfombra de humanización a los pies del delincuente, por la que éste saldrá de la pena con sólo convertir en hecho la promesa inherente a su arrepentimiento. Ahora bien, aquí surgen dos interrogantes; la primera: ¿qué garantía puede probar la certidumbre de tales garantías? La segunda: ¿bastaría eso para disuadir a los demás de perpetrar nuevos delitos? En el primer caso, nos encontraríamos con una voluntad comprometida mediante, muy probablemente, una promesa a no actuar en el futuro como acaba de actuar en el pasado. Pero qué haría creíble dicha voluntad, ¿el miedo al castigo? Ese látigo ya restallaba en el aire antes de infringir la ley, y no obstante se expuso una vez a que resonase en su espalda. ¿El haberlo ya sentido aportaría

una garantía más sólida? Bien mirado, no mucho más que la anterior: porque la fuente principal de los delitos, recuérdese, eran las pasiones: y las pasiones eran connaturales al hombre, que no cambiaba al entrar en sociedad. Ciertamente, el miedo al castigo seguro, ya en sociedad, las contenía notablemente, mas no las retenía para siempre: cualquier individuo, en cualquier momento – humano como es eternamente–, por mucha santidad que echase en su conducta, por mucha garantía que prometiese, estaba naturalmente pertrechado para la reincidencia.

Con todo, y aun cuando la promesa de mejora contara con todos los visos de convertirse en realidad, la conducta divina del soberano no puede rebasar el límite de la excepción, porque la regla ha de ser castigar la infracción de la ley. El perdón será un recurso extraordinario ofrecido por el soberano a determinados delincuentes, porque de convertirse en recurso ordinario de administración de la justicia penal sería mucho peor el remedio que la enfermedad; en primer lugar, la generalización, aun por motivos de equidad, de semejante precedente significaría que a cada ciudadano le sale por lo menos un delito gratis; y en segundo lugar, dicha generalización, como bien le espeta el jurista al filósofo en el *Diálogo* sin que éste, por una vez, no pueda objetar nada (pág. 129), entrañaría la personalización de la justicia penal, es decir, la suplantación del derecho por el arbitrio<sup>29</sup>, de la objetividad de la ley por la subjetividad de la voluntad: un delito ése cuyo castigo es la necesaria pérdida de la certeza de la norma penal.

La segunda cuestión contenía una mayor dosis de complejidad todavía, pues al constituirse la sociedad civil el bien social recabable del castigo no provenía del perdón del soberano, sino del justo castigo retribuido al delincuente. Con otras palabras, la problemática del delito seguía juntando la idea de castigo con la idea de bien, pero con el costo de separar, y hasta de enfrentar, el fundamento natural de ambas: las leyes naturales sexta y séptima. ¿Disuadiría a los demás el perdón al delincuente, bastaría para “dar ejemplo a otros” (L., cap. 15, pág. 128)? De ser así es porque un bien se habría derivado de ello, pero habida cuenta que el bien no es unívoco, cabría preguntarse qué bien era ese,

<sup>29</sup> Y conocida es la facilidad con que "un monarca soberano, o la mayoría de una asamblea soberana, pueden ordenar muchas cosas guiados por sus propias pasiones, y en contra de lo que les dicta su conciencia, lo cual constituye un defraudar la confianza que se ha depositado en ellos, y un quebrantamiento de la ley natural..." (L., cap. 24, pág. 203). Como se ve Hobbes es partidario del refrán más vale lo malo conocido que lo bueno por conocer, sobre todo cuando eso conocido es la ley, y lo por conocer el arbitrio.

y por tanto si se trataba de un bien común<sup>30</sup>. Al revés de lo que ocurre en las conjeturas teológicas, en los discursos lógicos no es la existencia de un misterio lo que induce al creyente a la fe, sino más bien al agnosticismo; y una situación de ese tipo es la que toma cuerpo cada vez que el soberano apela, en razón de su poder, que de por sí ahuyenta el poder de su razón, a intereses públicos que sólo él conoce para redimir socialmente a la oveja descarriada sin hacerla pasar previamente por el purgatorio de la pena. Con el perdón, por tanto, el soberano viola el círculo mediato delito/pena, abre un posible foso de incomprensión entre su conducta y la comprensión de la misma por parte de los súbditos, lo cual difícilmente redundará para los mismos en un acicate a obedecer la ley: dicho fin, cuando se vale del medio del perdón, en el pecado lleva la penitencia. El soberano tendría, no obstante, ocasión de resarcirse en cuanto retornara al círculo antedicho, y reactivase el principio de legalidad. Más arriba destacábamos cómo dicho principio, si bien suponía una inversión en la correlación entre medio y fin de la pena, producía una conexión automática entre ambos puntos de la misma: la justeza penal conllevaba un bien social –el de la obediencia, precisamente. Ahora bien, entonces desarrollábamos un análisis estrictamente técnico de las repercusiones de la constitución del Estado sobre determinadas figuras básicas de la ideología penal, pero sin atender para nada a la voluntad de los miembros de la sociedad, tanto a la del contraventor de la ley como de los demás. Pero si ahora añadimos al discurso anterior el silencio de antes veremos surgir en él significativas novedades.

En la doctrina penal de Hobbes no se puede hablar del castigo sin hablar de la reacción ante el castigo, y es ese nuevo espejo el que altera la imagen unitaria del bien que antaño desprendía. Y es que la reacción ante el castigo no dependerá de su justeza, sino de su entidad, y por tanto de la de su causa. Los diversos grados de delito producen distintos grados de daño, y no será igual –por simplificar con las dos esferas en las que el daño se produce– un ilícito civil que un ilícito penal: y no se reaccionará igual ante la sanción correspondiente a aquél que ante la de éste: y el primero, obviamente, en no reaccionar igual será el propio contraventor de la ley. Es en el primer caso donde puede darse una mayor homogeneidad tanto entre las reacciones del transgresor como de los demás ante la legalidad del castigo, y por lo tanto en la finalidad de la pena de inducir a la obediencia a la ley –pero ello si se salva la distancia que la parti-

<sup>30</sup> La existencia de la pena de muerte sustraía, cada vez que se aplicaba, a un destinatario del bien de la universalidad del mismo. Es ella, recuérdese, la que abre la puerta a preguntas como las anteriores en un discurso hasta ese momento unívoco.

cularidad de los intereses opone a la identificación de bienes comunes, e incluso esa distancia máxima que algunos intereses egoístas oponen al reconocimiento del bien público (y Hobbes llega en otro contexto a identificar algunos de estos casos<sup>31</sup>). Pero cuando se trata de un ilícito penal las tornas cambian, y ante la promesa de la ley de hacer cumplir su castigo al infractor, las reacciones pueden variar no sólo del reo a los demás, sino incluso en el propio interior de cada uno. En principio la identidad de la naturaleza humana puede suscitar en los individuos hobbesianos lo que Hume y Adam Smith llamarán más tarde simpatía, y ver en el reo el futuro potencial de cada uno de ellos, pues las pasiones de aquél son las de ellos y todas son devotas de los mismos ídolos. En ese caso, un reo que –siguiendo no sólo su interés, sino su derecho– pretendiera rehuir su castigo y obtuviera el fruto apetecido obtendría el premio añadido de un cierto aplauso en el corazón de muchos otros que se ven o podrían verse un día en su lugar. Pero cualquiera de ellos comprendería igualmente la precariedad que azotaría el bien mayor y cotidiano que es la seguridad de su vida, pasando como pasa por obedecer las leyes, incluida la que dispone castigar los delitos: y comprendería así la esquizofrenia de sus propios intereses, según mire a su corazón o a su mente, es decir, a sus pasiones o a su razón.

El último fragmento nos ha conducido hasta el umbral de una dimensión nueva, la última que nos queda por explorar de la concepción penal hobbesiana. Apenas si nos hemos topado con ella en frases como las alusivas a un derecho del reo a sustraerse al castigo, etc., pero ese poco es más que suficiente para poner de relieve que no sólo el bien no inspira la pena, como decía Hobbes, sino, incluso, que ni siquiera la pena produce siempre el bien, como decíamos nosotros en nuestro discurso anterior: y ello porque cada vez que hay castigo, ni existe siempre un bien para todos, ni cuando existe es un bien unívoco, ni cuando se da ese bien para ciertos sujetos es siempre querido por ellos. Veremos mejor esto último una vez explicada la problemática concerniente al derecho de castigar.

En torno a este tormentoso punto del ideario penal hobbesiano hasta el propio autor ha seguido más de un rumbo, haciendo así más visible aún la furia del oleaje. Las dificultades por garantizar la salvaguardia personal del

<sup>31</sup> Por ejemplo cuando atribuye al soberano la competencia de fijar con qué bienes se comercia y con qué países se comercia, dado que si ambas medidas fueran materia de decisión privada "algunos individuos serían llevados por sus deseos de ganancia personal, y no sólo proporcionarían al enemigo los medios de hacer daño al propio Estado, sino que estarían dañándolo ellos mismos..." (L., cap. 24, págs. 204-205).

individuo en sociedad, es decir, por conciliar en toda ocasión la vida de aquél con la paz de ésta –expresión objetiva del conflicto subjetivo entre las pasiones insociables de los individuos y su sociabilidad inmanente (las otras pasiones más la razón)–, que en definitiva constituyen el meollo del fundamento del derecho a castigar, han encontrado en las tres obras políticas hobbesianas otras tantas respuestas diversas<sup>32</sup>: una triple solución insatisfactoria que en el *Leviatán*, además, con su apuesta alegal, parece hundir al sujeto en una soledad ontológica radical<sup>33</sup>. Es ahí donde el individualismo mecanicista no ha podido ajustar sus cuentas con la lógica.

Hablar del derecho de resistencia significa remontarse hasta el estado de naturaleza, la edad de oro de la fuerza, saldada en una gran paradoja final: en aras de su propia conservación cada sujeto usaría sin brida de cuanto el derecho natural ponía a su alcance; y aun así, a ese fin el sujeto accedía renunciando a su avalista. Tal era el sentido de la convención originaria que salda la existencia natural de los hombres, mediante la cual formalizan la transferencia recíproca de su derecho natural, es decir, renuncian a autodefenderse. Ahora bien, la cuestión es: ¿es completa la transferencia del derecho natural formalizada en el pacto? El pacto es como un cauce por cuyo conducto los poderes naturales transferidos por los individuos van a dar al río de la soberanía, el poder colectivo del Estado cuyo detentador es el representante de la comunidad, o soberano. La soberanía reúne en sí todas las funciones del poder político, entre ellas las de unir la ley a su espada a fin de hacer de la ley algo más que un suspiro, pero también la de deslegitimar cualquier pretensión ulterior de recuperar lo transferido por parte de los contratantes o de introducir modificaciones en ella<sup>34</sup>. Es, en suma, un poder absoluto y perpetuo, los dos atributos que ya Bodin le inhiriera, lo cual, a su vez, la hace indivisible e inalienable (cf. cap. 18). Por lo demás, dicho eso, no es preciso insistir que entre las prerrogativas del soberano se cuenta la de hacer también las leyes penales (pág. 151), así como la de castigar su infracción (cf. cap. 17, pág. 141)<sup>35</sup>. Con todo,

<sup>32</sup> Soggi ha sabido trazar con claridad su evolución desde la primera a la última gran obra política de Hobbes (op. cit., págs. 83–84).

<sup>33</sup> Soledad que contrasta con la socialidad ontológica radical en la que Hobbes había resuelto la cuestión de la racionalidad de la justicia (L., cap. 15, pág. 123), y mediante la cual había llevado la antropología al ápice de su socialidad: a la consideración del hombre como ser social por naturaleza.

<sup>34</sup> El primer "derecho" constitutivo de la soberanía impide a los súbditos cambiar no sólo la forma de Estado adoptada, sino incluso a la persona –o personas– elegida como soberano.

<sup>35</sup> De ahí que se haya querido ver una paradoja en este discurso, pues como según Hobbes

en el muro jurídico de la soberanía se abren dos orificios por los que la libertad se cuelga en la sociedad. Uno de ellos debe su existencia al reconocimiento fatal de que “es imposible” (L., cap. 21, pág. 175) la regulación del entero y heteróclito mapa del quehacer humano, es de naturaleza ajurídica –el “silencio de la ley” es su ámbito–, y de él no vamos a hablar aquí. Sobre el otro, pues, que va a dar directamente sobre el territorio de la legalidad, habremos de concentrar nuestro interés.

Nos preguntábamos: ¿era completa la transferencia del derecho natural en el pacto? Era como preguntarnos: ¿es posible a los individuos desentenderse completamente del problema de su seguridad? Las dos preguntas suman una porque la transferencia era un acto voluntario, tendente por tanto al bien de su autor, y el objetivo de la transferencia era la conservación. La creación del Estado confirmaba que la autoconservación no era ya posible, y la presencia del soberano indicaba quién sería en lo sucesivo el encargado de procurar y tutelar tal bien. ¿Se desentiende pues de su seguridad el individuo mediante una transferencia completa? Ya el hecho de haber incluido la defensa propia y el estado de necesidad como eximentes en la legislación penal venía a significar que en ambos casos una acción ordinariamente tipificada como delito había dejado de serlo; es decir: venía a significar que en ciertas ocasiones la conservación devenía de nuevo autoconservación: que el individuo era el garante último de su seguridad personal. La nueva libertad no hace ahora sino reforzar y dilatar notablemente la jurisdicción personal sobre la propia persona.

El bien derivado de la transferencia del derecho individual no puede ocultar a sus titulares el fin de la misma, la seguridad de sus vidas<sup>36</sup>, un fin al que fáctica y moralmente permanecen atados de por vida. A ello se debe la imposibilidad de alienar la totalidad del instrumento creado por la naturaleza para tal fin, el derecho natural, o la nulidad de los convenios en que dicha alienación –“mediante palabras o cualquier otro signo”– ha tenido lugar (cap. 14,

---

cuanto hace el soberano ha sido previamente querido por los súbditos, cuando alguien es castigado puede decirse que ha querido su pena: y por ello ésta no es venganza (Metzger, *Thomas Hobbes und die Englische Revolution (1640–1660)*, Stuttgart, 1991, pág. 237). Sin duda, la pena no la ve Hobbes como una venganza: porque la pena estaba cuasi proporcionalmente ajustada al delito (en el *Diálogo* había incluso llegado a hablar de la proporción [pág. 101] como un criterio racional del castigo, pero es ésa –ya lo hemos visto– una medida incongruente con la idea hobbesiana de la finalidad del castigo.

<sup>36</sup> En esta ocasión cabe separar dos cosas usualmente unidas en Hobbes, y a veces consideradas como una sola: la seguridad y la vida cómoda (L., cap. 30, 267).

pág. 113 y pág. 118). La preservación del propio cuerpo (L., cap. 27, pág. 235) – la forma negativa de designar la tutela personal– Hobbes la reserva a cada hombre en forma tan rotunda y general que ni siquiera el delincuente confirma en su excepción la regla. Más aún: para ciertos comportamientos Hobbes generaliza esa excepción en regla, pues fija precisamente en el presunto delincuente al único destinatario de la norma. De ahí que no sólo se declaren nulos los convenios que exigen a una cualquiera de las partes no defenderse del uso de la fuerza contra ella, o le obliguen a “acusarse a sí mismo sin garantía ni perdón”; e inválidas las acusaciones contra el padre, la esposa o el benefactor, o las obtenidas mediante tortura<sup>37</sup>. De ahí también que se faculte al individuo para rehuir toda orden del soberano destinada, por ejemplo, a mutilarse a sí mismo<sup>38</sup> (L., cap. 14, *ibidem*, y cap. 21, pág. 179). Y de ahí, por último, que incluso al delincuente confeso se le otorgue, llegado el caso, el *derecho*<sup>39</sup> a rehuir la cárcel, el daño físico, la violencia contra su persona o las cadenas. En toda esa rica casística de situaciones, el afectado no sólo no tiene el deber de someterse a la pena, como afirma Cattaneo<sup>40</sup>, sino que tiene plena “libertad de desobedecer” (L., cap. 21, *ibidem*).

¿Existe o no existe en tal caso un fundamento para el derecho a castigar del soberano? Pues ciertamente, por mucho que un reo se resista a acudir al patíbulo, éste intentará forzarlo a llegar hasta ahí si ésa ha sido la condena. ¿Lo

<sup>37</sup> En estos dos casos los testimonios serían inválidos, explica Hobbes, porque en lugar de haberse obtenido “voluntariamente”, ha de suponerseles “corrompidos por naturaleza” (L., cap. 14, pág. 118). El rosario de historiadores que ve en el sujeto de la antropología hobbesiana a un títere de las pasiones, y por ende en última instancia, aunque responsable de sus acciones, no sujeto a imputación se encontrará aquí con otra rueda de molino difícil de digerir, aunque no tan grande como la inherente al reconocimiento del dolo, de esa planificación racional del mal, a la que ya aludimos en su momento. Con las palabras aquí referidas ese príncipe de la ambigüedad que es Hobbes anticipa las de Rousseau (CS, I-3) al señalar que fuerza y moral son antagónicas, y que cuando uno debe actuar forzosamente está exento de actuar por obligación (distinción ésta, por cierto, a veces negada por el propio Hobbes, como cuando hace coexistir la obligación con el miedo; es decir: al no distinguir, como ejemplarmente ha puesto de relieve M. A. Rodilla en su estudio introductorio al *Diálogo* hobbesiano (pág. XXIV), entre “verse obligado a y tener la obligación de hacer algo”).

<sup>38</sup> Aunque, eso sí, el soberano podría hacerlo personalmente si decide tomarse semejante molestia, sin causar por ello falta: ambigüité oblige.

<sup>39</sup> Un derecho nada jurídico, por cierto, como reconoce el propio Mayer-Tasch (*Hobbes und das Widerstandsrecht*, Tübingen, 1965, pág. 93), pese a juntar las dos libertades para hablar de la existencia de un auténtico derecho de resistencia en Hobbes.

<sup>40</sup> Op. cit., págs. 103–104.

hará por pura fuerza o lo hará por derecho? Antes de siquiera dar una contestación estamos en grado de percibir en esa dialéctica la anomalía jurídica y la debilidad teórica de la construcción hobbesiana –vale decir, la separación artificial entre el derecho a castigar y la ejecución de dicho castigo: se trata del único derecho del soberano que no crea un recíproco deber en los súbditos–, pues los dos extremos, quien castiga y quien debe ser castigado, están facultados el uno a castigar y el otro a rehuir el castigo. Esa ambigüedad se adensa cuando percibimos que el derecho de castigar forma parte de la soberanía, en tanto la legitimidad de la resistencia es un rescoldo aún llameante del pasado natural del hombre. La ambigüedad, no obstante, termina rizando el rizo, o sea, disolviendo en volutas de humo la coherencia jurídica del discurso cuando por fin llegamos al fundamento del citado derecho del soberano: “el derecho de someter, herir o matar a cualquier hombre” que cada individuo tenía en el estado de naturaleza como vigía de su propia conservación: y que cada individuo soberano sigue conservando en el Estado para proveer a la de todos.

Así pues, pese al rodeo de la legalidad, lo que se sitúan frente a frente en el castigo son dos derechos naturales, o mejor, dos residuos del derecho natural de los respectivos individuos, que la teoría hobbesiana no ha logrado socializar. Lo que por incapacidad política no logrará llevar a cabo la monarquía o la aristocracia spinozianas, en una dimensión bastante más prosaica, por incapacidad teórica, no lo logrará llevar a cabo la doctrina hobbesiana: la socialización como poder jurídico del poder natural. La pena enfrenta de nuevo a dos fuerzas naturales, bien que el escenario sea la sociedad en lugar del estado de naturaleza, más desiguales que nunca y tan hostiles como siempre, pese a la existencia del marco social, un reino en que se hace justicia a intereses comunes. Pero un reino, por cierto, cuya fundación no pasa en vano ni siquiera para los lobos, pues éstos ya no volverán a ser los de antes. Al hacer uso de su derecho natural en sociedad no sólo se evidencia que el soberano no es, como creía Bloch<sup>41</sup>, “el último lobo”, sino a lo sumo, y por ser el único perenne, el jefe de la manada; se evidencia asimismo un hecho de mucha mayor gravedad: si el usuario lograra su objetivo de rehuir el castigo sería también a costa de un posible retorno a la sociedad. Por primera vez, tanto en su historia natural como en la social, se convertiría en un verdadero lobo estepario, en un robinsón, quizá, pero un robinsón cainita, con el estigma del delito cincelado en su frente. Sólo que al perder para siempre la sociedad no sólo se pone en contradicción con ella, sino con aquella parte de sí mismo que

<sup>41</sup> Derecho natural y dignidad humana, Madrid, 1980, p. 48.

se reconocía en ella porque tendía hacia ella: sus pasiones sociables y su razón, las voces que aun en estado de naturaleza escuchaba dentro de sí invocar perentoriamente la institución de una comunidad. Por último, esa libertad absoluta de la que tristemente goza –más que nunca sería ahora su vida “solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta” (L., cap. 13, pág. 108)–, efecto previsible de la “libertad de desobedecer”, poco o nada tiene que ver con la otra libertad reseñada, la del silencio de la ley. En efecto, si gracias a ésta los individuos estaban facultados para desarrollar una vida social con arreglo a sus propios criterios en los ámbitos no legislados por el soberano, y era por tanto el homenaje que la soberanía rendía a la razón, la “libertad de desobedecer” o libertad jurídica es por el contrario el homenaje que la soberanía rinde a la fuerza, el enemigo precisamente que la hizo surgir y contra el cual surgió.