HOBBES Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

JOSÉ A. TORRES CARABALLO*

ESTE escrito entraña un intento de trazar a grandes rasgos la génesis y el desarrollo hasta nuestros días de uno de los principios más elevados desarrollados en Occidente: el principio de la legalidad de los delitos y de las penas; y el de llamar la atención a la aportación que a ese desarrollo, en nuestra opinión, pudo hacer el gran filósofo inglés del siglo XVII, Tomás Hobbes. No es ni puede ser, claro está, nuestra pretensión decir todo lo que se puede sobre un tema de tan amplios alcances.

El principio de legalidad, piedra angular del Derecho Penal Liberal, entraña en general, que nadie deberá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos en una ley y que a nadie deberá imponérsele una pena que no esté previamente establecida en la ley. Esto ha venido a expresarse en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenali.*

Según Jerome Hall, el principio tiene antecedentes históricos en la antigua Roma. Señala que, en cuanto a los ciudadanos romanos, hubo largos períodos en que prevaleció en la práctica, en el derecho penal romano, la adhesión estricta a la prescripción tanto de la ofensa como de la penalidad, a pesar de que en la jurisprudencia romana se admitieran las ofensas "extraordinarias" que sugieren una autoridad ilimitada para juzgar y castigar.[1] Que Sulla se adhirió rigurosamente a esto e insistió en que, para ciertos crímenes, tanto la ofensa como la penalidad fuesen exactamente descritos en el estatuto en que se basaba la acusación.[2] Señala que también la prohibición de la retroactividad de

* Catedrático Asociado y Director del Departamento de Ciencias Sociales de la Facultad de Estudios Generales de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras.

[1] Jerome Hall, *General Principles of Criminal Law,* 2n. Ed. (Indianapolis: The Bobbs-Merril Co. 1960), pp. 29-30.

[2] Sulla (138-78 A.C.). Fue general, pretor, dictador y cónsul romano. Como dictador y cónsul, llevó a cabo grandes reformas constitucionales dirigidas a restablecer la supremacía del Senado en el orden político romano.

las leyes penales fue conocida y seguida bajo Sulla y que ya antes parece haber sido aprobada por los antiguos griegos.

Son muchos, además, los que creen ver el primer antecedente histórico del principio mencionado en el Artículo 39 de la Magna Carta que los barones ingleses lograron arrancar a su rey Juan Sin Tierra en 1215, y que lee así: "Ningún hombre será apresado o desposeído o declarado fuera de ley o desterrado o en cualquier modo destruido, excepto por el juicio legal de sus iguales o la ley de la Tierra".[3]

Sin embargo, como bien apunta Hall, no debe verse en frases antiguas o medievales aquellos significados especiales que el principio adquirió posteriormente. Dice este autor que los que hallan el origen del significado presente de la máxima "nulla poena sine lege" en la Magna Carta no están en terreno muy seguro, aunque exista la probabilidad de que la "ley de la tierra" de que habla el Artículo 39 envuelva más que garantías procesales.[4]

El insigne penalista español Luis Jiménez de Asúa señala que la fórmula jurídica en cuestión resulta del *Contrato social,* de Juan Jacobo Rousseau.[5] Tal afirmación resultaría incorrecta si con ella se quiere decir que la fórmula aludida resulta explícitamente de esa obra, ya que no se encuentra referencia directa alguna a contenidos específicos de la máxima en cuestión en ninguna de sus páginas. Es cierto que es patente en esta obra la exaltación que se hace de la ley y el énfasis en la preeminencia de que debe ésta gozar en la comunidad políticamente organizada. Según Rousseau, la ley es la expresión de la "voluntad general" que es a su vez la genuina expresión de la soberanía que, en su concepto, reside en la corporación política misma, en la propia comunidad políticamente organizada, a la que llama "pueblo". El gobierno será para él un cuerpo subordinado a aquél, cuya función será la de ejercitar o hacer realidad lo realmente querido por la comunidad, o sea el dictado de la "voluntad general". Como señala Rousseau, es en ésta, por lo tanto, en la que reside exclusivamente la facultad de dirigir las fuerzas del Estado hacia su fin real: el bien común. Presume este autor que, a pesar de las innumerables diferencias en intereses particulares que existen necesariamente entre los miembros de una comunidad, a la base de ésta puede hallarse un núcleo de intereses y valores comunes que puede servir de fundamento para la

---

[3] William G. Andrews, *Constitutions and Constitutionalism,* Princeton: Van Nostrand Co., 1961), p. 33 (nuestra traducción).

[4] Hall, *Op. cit.,* p. 30.

[5] Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito* (Buenos Aires, Editorial Hermes. 1963). p. 34. Dice, además, en la página 69 de esa misma obra: "El principio de libertad está encarnado en el famoso apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege,* que los alemanes quieren vincular a Feuerbach y que en realidad se origina en la filosofía de Rousseau."

acción común y que debe prevalecer sobre todo interés privado o particular. Tal es la "voluntad general" que se expresa a través de la ley.

Pero nada hay en el *Contrato social* que parezca acercarse a una elaboración expresa y concreta de elementos del principio de legalidad como tal. Sin embargo, nos parece que, más de cien años antes de la publicación de esta obra de Rousseau, Tomás Hobbes había formulado, de manera clara y explícita, contenidos fundamentales de este principio. sin que hasta ahora, hasta donde tengo conocimiento, se haya reconocido adecuadamente tal aportación y participación en su génesis y desarrollo. Y es que, aparte de que las ideas de Hobbes han sido frecuentemente mal interpretadas, vistas bajo el prisma del prejuicio y rechazadas de antemano como horribles y falsas, sus ideas penales fundamentales aparecen en su obra *Leviatán* especialmente en los capítulos 27 y 28 de esa obra, que posiblemente pocas personas se han tomado el trabajo de leer, ya que aunque se trata de una obra bastante conocida y difundida, se concentra el interés en los capítulos que este autor dedica a la defensa del absolutismo político.[6]

---

[6] Creemos que todavía queda mucho por decir de la influencia que ha podido ejercer Hobbes en otros campos del pensamiento en Occidente, tema en que no podemos entrar con detenimiento en este escrito. Así, por ejemplo, fuera de su influencia en el desarrollo del pensamiento filosófico utilitarista, que es generalmente aceptado, consideramos que no se ha estudiado en todos sus alcances el impacto que pudo haber ejercido específicamente en el pensamiento de Austin, el gran filósofo del derecho inglés, especialmente en los conceptos de ley y de soberanía de este autor. Hay pronunciamientos en el "Leviatán" que harían de Hobbes precursor de la escuela psicológica empirista inglesa, como el siguiente:

> *No existe ninguna concepción en el intelecto humano que antes no haya sido recibida totalmente o en parte por los orígenes de los sentidos* (Leviatán, Cap. I, pág. 19).

Es interesante notar que hay aun frases en esa obra que traerían a la mente a Freud y sus teorías sobre los sueños, por ejemplo:

> *Las imaginaciones de los que duermen constituyen lo que llamamos ensueños. También éstas, como todas las demás imaginaciones, han sido percibidas antes, totalmente o en partes, por los sentidos... de la misma manera la pasión natural, cuando estamos despiertos, engendra deseo y el deseo produce calor en ciertas partes del cuerpo, así también el exceso de ardor en estas partes, cuando estamos durmiendo, sucede en el cerebro la imagen de algún anhelo antes sentido...* (Leviatán, Cap. I, págs. 23 y 24).

Viene a la mente la noción freudiana del determinismo de los procesos mentales, ante la siguiente expresión:

> *Cuando un hombre piensa en una cosa cualquiera, su pensamiento inmediatamente posterior no es en definitiva tan casual como pudiera parecer. Un pensamiento cualquiera no sucede a cualquier otro pensamiento de modo indiferente...*

Cabe señalar también el parecido entre la noción de naturaleza humana de Hobbes y la que postula Freud en obras como *El malestar en la cultura*, en la que hasta llega a usar la frase *homo homini lupus*, que tan relacionada está con el pensamiento de Hobbes en estos extremos. Es de considerarse además el punto hasta el cual es Hobbes precursor en el uso de métodos utilizados hoy en las Ciencias Sociales, como lo es, por ejemplo, el análisis lingüístico.

Pero, a pesar de justificar el absolutismo y afirmar que el gobernante está sobre la ley, expresa este autor, como un desideratum, que se siga en el plano penal los dictados de la legalidad. Las expresiones que vierte en este sentido, junto a otras esclarecidas ideas penales que expone en su obra mencionada, en especial en los Capítulos 27 y 28, permiten, en mi opinión, que esta obra pueda ser considerada en buena medida como un avanzado tratado de derecho penal, además de vérsele como una de las obras más importantes del pensamiento político. Tales ideas revelan que su autor se adelantó en mucho a su tiempo en sus ideas penales y contrastan con la visión que de su pensamiento han derivado autores que no han sabido o querido interpretarlo correctamente. Ya Rousseau, por ejemplo, hacía la siguiente referencia a él:

> Es pues dudoso según Grotius si el género humano pertenece a un centenar de hombres o si ese centenar de hombres pertenece al género humano y en todo su libro parece inclinarse a la primera opinión: Este es también el sentimiento de Hobbes. He aquí, pues, la especie humana dividida en rebaños de ganado, cada uno con su jefe que lo guarda para devorarlo.
>
> El razonamiento de Calígula reaparece en el de Hobbes y Grotius. Antes que todos ellos, Aristóteles había dicho también que los hombres no son naturalmente iguales sino que unos nacen para la esclavitud y otros para la dominación.[7].

Argumentos de, más o menos, la misma especie, de factura más reciente, son los que lo consideran adalid del Estado totalitario.[8]

Aunque sea imposible ver en Hobbes a un campeón de las libertades civiles, para ser justos con este autor es necesario no cometer el error frecuente de pasar por alto la profunda nota individualista presente en su obra y que es lo que lleva a la defensa de la legalidad de los delitos y de las penas. También explicará la defensa acendrada que hace en las páginas de su *Leviatán* del derecho a la defensa propia. Es ésa precisamente la salida que brinda a la formidable trampa lógica que ha creado para justificar el absolutismo político, al establecer que la obligación del súbdito cesa una vez que ya no exista poder exterior a él que le proteja. Más aun, existirá el derecho a desobedecer al propio soberano si ordena al súbdito que atente contra su propia

---

[7] J. J. Rousseau, *El contrato social* (Buenos Aires, Aguilar, 1965) p. 52.

[8] Ver por ejemplo, Ben W. Palmer "Hobbes, Holmes and Hitler", en *American Bar Association Journal*, Vol. 31. Es significativo que el Juez Holmes hallase inmediatamente un campeón que saliera en su defensa. Véase Charles W. Briggs, "Holmes was not on a Ladder with Hitler" en *American Bar Association Journal*, Vol. 32. Hobbes no tuvo la misma suerte.

seguridad. Se olvida frecuentemente que, en el tipo de ordenamiento político que Hobbes propugna, ni el Estado absorbe por completo al individuo ni se puede siquiera contemplar tal posibilidad, en agudo contraste con la filosofía e intenciones de los regímenes totalitarios. Así, partiendo de su noción de que la libertad del súbdito depende fundamentalmente del silencio de la ley, dice Hobbes lo siguiente: "No existe en el mundo Estado alguno en el cual se hayan establecido normas bastantes para la regulación de todas las acciones y palabras de los hombres, por ser cosa imposible..."[9]

Es suficientemente conocida la forma en que Hobbes hace derivar la necesidad del Estado civil con poderes absolutos de la naturaleza del ser humano, que percibe en forma sumamente pesimista. Pero, precisamente, tal necesidad viene a justificarse en términos de que conviene a los individuos, puesto que, bajo esta teoría, el máximo bien que cada hombre ha ido a buscar a la asociación civil luego de haber realizado un riguroso cálculo de conveniencia, es la propia seguridad. Y bajo su visión particular solamente un Estado capaz de utilizar tales poderes podrá refrenar las pasiones de los hombres, garantizando así, por el temor que despierta en ellos su tremenda fuerza, la seguridad de todos. Para Hobbes, también, puede decirse que resulta cierto aquello de que no se hizo el hombre para el Estado sino éste para el hombre.

IDEAS PENALES EN EL LEVIATAN

La época

El clima en que se desarrolla la obra de Hobbes es de gran fermento en el orden de las ideas. El Siglo 17 es revolucionario en más de un sentido. Aparte de servir de escenario para el desarrollo del actual sistema de gobierno parlamentario en Inglaterra, cubre una de las etapas más importantes en el desarrollo de la ciencia moderna. Es la época de los descubrimientos de Harvey en el campo de la fisiología, de Boyle en la Química. Es la época en que importantes porciones de

[9] Entre otras expresiones véanse las siguientes: "Un pacto de no defenderme a mí mismo con la fuerza contra la fuerza es siempre nulo, pues... ningún hombre puede transferir o despojarse de su derecho a protegerse a sí mismo de la muerte, las lesiones o el encarcelamiento... y la certidumbre de ello está reconocida por todos, del mismo modo que se conduce a los criminales a la prisión entre hombres armados a pesar de que tales criminales han reconocido a la ley que les condena." Tomás Hobbes, *Leviatán*, Río Piedras, P. R. Edit. Universitaria, 1964, p. 121. Hobbes habla, además, de la libertad del súbdito para hacer contratos de compraventa y otros géneros, de escoger su propia residencia, alimento y género de vida y de instruir a sus hijos como crea conveniente. *Ibid.*, p. 183.

la obra de aquel gigante del pensamiento que fue Aristóteles están recibiendo varios de los embates más fuertes a manos, por ejemplo, de Bacon y Descartes en cuanto al método de buscar y lograr conocimiento confiable, y de Galileo en la física, correspondiendo a Hobbes el someter a ataque muchas de sus ideas en relación con los asuntos políticos.

En el plano penal es, sin embargo, el siglo 17 época de decisiones judiciales y castigos arbitrarios y crueles, situación que prevalecerá todavía en Europa en el próximo siglo. Es así que en sus ideas penales, Hobbes se adelanta en mucho a su época.

El principio de legalidad y otras ideas penales en el Leviatán

En la definición de delito que se nos ofrece en el capítulo XXVII del *Leviatán* aparecen claramente expuestos contenidos fundamentales del principio de legalidad: "Delito es un pecado que consiste en la comisión (por acto o por palabra) de lo que la ley prohibe o en la omisión de lo que la ley ordena".[10]

Y más adelante:

> Donde no existe Ley civil no existe delito. De esta relación entre el pecado y la ley y entre el delito y la ley civil puede inferirse: primero que donde la ley cesa, cesa el pecado... En segundo lugar, que cesando la ley civil, cesa el delito, porque no subsistiendo ninguna otra ley sino la de la naturaleza, no existe lugar para la acusación, puesto que cada hombre es su propio juez, acusado solamente por su propia conciencia y alumbrado sólo por la elevación de sus propias intenciones.[11]

En la página 246 del citado capítulo aparece postulado con claridad meridiana el principio de la irretroactividad de la ley penal.

---

[10] Hobbes entiende por "pecado" toda forma de violación de la ley y es para él, por tanto, un concepto más abarcador que "delito" ya que envuelve tanto las violaciones de las leyes naturales como las de las civiles: "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 alguna cosa hecha o dicha en virtud de la cual la intención pueda ser argüida por un juez humano, no tiene el hombre delito... Respecto a las intenciones que nunca se manifiestan por el acto externo no existe lugar para la acusación humana. Del mismo modo los latinos significan por "pecatum" toda forma de desviación de la ley, mientras que como crimen consideran solamente aquellos pecados que pueden ser evidenciados ante un juez y que por tanto no son meras intenciones." *Ibid.*, pp. 223-224.

[11] *Ibid.*, p. 244.

"Nada puede convertirse en delito por una ley posterior al hecho." Y: "castigos declarados con anterioridad al hecho eximen de castigo mayor con posterioridad a él." [12] Y, en unas esclarecidas páginas que también revelan sus ideas relacionadas con el principio de legalidad, vemos a Hobbes pronunciarse contra el arbitrio judicial en la interpretación y aplicación de la ley y criticar el sistema de precedentes del Common Law y las presunciones cerradas en la ley. Rechaza allí argumentos de Coke con una lucidez tan devastadora que saca a relucir mucho de lo que de reaccionario había en el tantas tantas veces considerado campeón de la libertad.[13] Veamos:

> *La sentencia de un juez no le obliga a dar a él o a otro juez posteriormente la misma sentencia en casos análogos.* Va contra la ley de naturaleza castigar al inocente (e inocente es quien judicialmente queda liberado y reconocido como inocente por el juez). Supongamos ahora el caso de que un hombre es acusado de un delito capital y teniendo en cuenta el poder y la malicia de algún enemigo y la frecuente corrupción y parcialidad de los jueces, escapa por temor a lo que pueda ocurrir, y posteriormente es detenido y conducido ante un tribunal legal donde resulta que no era culpable del delito y en consecuencia queda liberado, no obstante lo cual se le condena a perder sus bienes; esta es una manifiesta condenación del inocente. Afirmo por consiguiente que no hay lugar en el mundo donde esto pueda constituir la interpretación de una ley de naturaleza o ser convertida en ley por las sentencias de los jueces anteriores que hicieron lo mismo. Quien juzgó primero, juzgó injustamente y ninguna injusticia puede ser modelo de juicio para los jueces sucesivos. Puede existir una ley escrita que prohiba huir al inocente y le castigue por haber escapado; pero que la fuga por temor a un daño deba ser considerada como presunción de culpabilidad cuando un hombre ha sido ya judicialmente absuelto del delito es contrario a la naturaleza de la presunción, que no tiene lugar después de emitido el fallo. Sin embargo, esta opinión es controvertida por un gran jurista de la ley común en Ingla-

[12] *Ibid.*, p. 245.

[13] Sir Edward Coke, famoso jurista y líder parlamentario inglés, fue gran defensor del Common Law contra la prerrogativa real. En este sentido, se le ha ensalzado como adalid de la libertad individual, especialmente por su oposición a Jacobo I y sus prácticas absolutistas. Pero se olvida frecuentemente que bajo Isabel I, siendo su Procurador General, fue campeón de la Corona y su prerrogativa. Fue redactor del famoso documento "Petition Right" de 1628 en el que se pedía al monarca que pusiera fin a los encarcelamientos arbitrarios tan frecuentes en aquella época. Pero, como demuestra Hobbes aquí, Coke había asumido posiciones contradictorias a los principios a los que se adhirió en aquel documento. Se acostumbra ver su lucha en pro de la independencia judicial como una de las más ejemplares en pro de la defensa de los derechos individuales, pero se pasa por alto que los jueces pueden establecer una tiranía tan o más efectiva que cualquiera otra. Hobbes precisamente pone el énfasis en este lado de la cuestión.

terra[14]... Si un inocente, dice, es acusado de felonía y escapa por temor a esa acusación aunque judicialmente quede liberado del cargo de felonía, si se averigua que huyó por tal causa, debe perder todos sus bienes, castillos, créditos y acciones a pesar de su inocencia. En efecto, en cuanto a la pérdida de ello, la ley no admitirá prueba contra la presunción legal fundada en el hecho de su huida. Así véis que un inocente judicialmente liberado, a pesar de su inocencia (*cuando ninguna ley escrita le prohibía huir*)[15] después de su liberación resulta condenado por una presunción legal a perder todos los bienes que posee... Si la presunción no era hecho, ¿por qué habría de perder sus bienes?

Por tanto, esto no es ley de Inglaterra ni es una condena fundada sobre una presunción de ley sino sobre la presunción de los jueces. Es también contrario a la ley afirmar que ninguna prueba debe ser admitida contra una presunción de ley. En efecto, todos los jueces, soberanos y subordinados, cuando rehusan escuchar pruebas, rehusan hacer justicia, aunque la sentencia sea justa, los jueces que condenan sin atender las pruebas ofrecidas son jueces injustos y su presunción no es sino prejuicio, cosa que ningún hombre debe llevar consigo a la sede de la justicia, cualesquiera que sean los juicios precedentes o ejemplos que deba seguir. Existen otras cosas de esta naturaleza en las que los juicios de los hombres han sido pervertidos por confiar en los precedentes, pero esto bastaría para mostrar que, aunque la sentencia del juez sea una ley para la parte que litiga, no lo es para cualquier juez que le suceda en el ejercicio de ese cargo.[16]

En relación con la pena dice, el Capítulo XXVIII:

Una pena es un daño infligido por la autoridad pública sobre alguien que ha hecho u omitido lo que se juzga 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.[17]

Se reconocen aquí, como en la definición de delito antes vista, las dos formas de delinquir —acción y omisión— y está presente la noción de que la pena no va dirigida al propósito de venganza sino al de corrección y de ejemplo. Así dice:

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

[14] Se refiere a Coke. Ver *A Dialogue of the Common Laws* (in English *Works*, Scientia Aalen, 1963), p. 137.
[15] Bastardillas nuestras.
[16] Hobbes, *Op. cit.*, pp. 232-233.
[17] *Ibid.*, p. 257.

es pena sino acto de hostilidad, ya que sin semejante fin ningún daño hecho queda comprendido bajo esa denominación.

Más adelante habla de la conveniencia de que el soberano lleve a cabo una "correcta aplicación de los castigos y las recompensas".

> Y considerando que la finalidad del castigo no es la venganza y la descarga de la ira sino el propósito de corregir tanto al ofensor como a los demás, estableciéndose un ejemplo, los castigos más severos 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 como 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... El castigo de los cabecillas e introductores en una rebelión y no el de las pobres gentes que han sido seducidas, puede ser provechoso al Estado, con su ejemplo. Ser severo con el pueblo, es castigar la ignorancia que en gran parte puede imputarse al soberano cuya es la falta de que no estuvieran mejor instruidos.[19]

De la definición de pena deriva una serie de conclusiones importantes como la de 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".

Y: "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".[20]

Otras ideas penales de importancia a hallarse en su obra son, por ejemplo, las que expresa en relación con causas eximentes. Señala en cuanto a esto, entre otras cosas, que, si "un hombre, por temor a la muerte inminente, se ve obligado a realizar un acto en contra de la ley, queda excusado totalmente".[21]

---

[18] *Ibid.*, p. 258.
[19] *Ibid*, p. 285.
[20] *Ibid.*, p. 259.
[21] *Ibid.*, p. 251.

Aparece allí también la distinción entre los delitos mayores y menores. Así por ejemplo indica que el matar con tormento es mayor que matar simplemente y que la violación de la castidad por la fuerza es un delito mayor que la lograda por seducción.

Sobre la premeditación como agravante dice: "Si un delito tiene como origen una pasión repentina no es tan grande como si se deriva de una larga meditación, aunque no existe pasión repentina para una excusa total..." (lo que apunta a la diferenciación nuestra entre homicidio voluntario y asesinato).[22]

Aunque no elabora una teoría de autoría, sí señala que: "los hechos efectuados contra la ley por autorización de otro quedan excusados por esta autorización y recaen sobre el autor porque nadie debe acusar su propio acto en otro que no es más que su instrumento; en cambio, no queda eximido contra una tercera persona injuriada por ello porque en esa violación de la ley tanto el actor como el autor son delincuentes".[23]

Expresa Hobbes la noción de que al delinquir todos los hombres deben ser tratados con radical igualdad.[24] Se pronuncia en contra de que la información obtenida por medio de la tortura pueda en sí misma ser considerada testimonio válido.[25]

En el capítulo XXVI atisba el problema de la inimputabilidad al decir allí que "sobre los imbéciles natos, los niños o los locos no hay ley como no la hay sobre las bestias, ni son capaces del título de justo e injusto..." [26]

DESARROLLO POSTERIOR DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como ya adelantáramos, aunque careciesen las diferentes facetas del principio de legalidad de una formulación teórica completa y precisa, desarrollo que en nuestra opinión corresponde en alto grado a

---

[22] *Ibid*, p. 253.

[23] *Ibid.*, p. 251.

[24] "Entre las presiones que con más frecuencia son causa de delito, una es la vanagloria... la insensata estimación de la propia valía... de aquí procede la presunción en que tales hombres se hallan, de que los castigos establecidos por las leyes y generalmente extendidos a todos los súbditos no deben ser infligidos a ellos con el mismo rigor con que descargan sobre los hombres pobres, obscuros y sencillos..." *Ibid.*, p. 247. ..."El honor de los magnates debe estimarse por sus acciones beneficiosas y por la ayuda que prestan a los hombres de inferior categoría o no ser apreciado en absoluto. Y las violencias, opresiones o injurias que cometen no quedan atenuadas sino agravadas por la grandeza de su persona ya que tienen menos necesidad de cometerlas." p. 282.

[25] "Nadie está obligado a acusarse a sí mismo... es inválido un pacto para acusarse a sí mismo sin garantía de perdón... Así, las acusaciones arrancadas por medio de tortura no se reputan como testimonios...." *Ibid.*, p. 121.

[26] *Ibid.*, p. 227.

Hobbes, varios de sus aspectos fueron postulados y seguidos en la práctica desde muy atrás en la historia, habiendo quienes afirman que así fue desde la Roma antigua y otros que es a documentos como la Magna Carta inglesa a los que hay que remitirse a estos afectos. Desde tales orígenes no perfectamente claros no fue el suyo un desarrollo claramente progresivo sino lleno de avances y retrocesos hasta el Siglo 18, en que el espíritu de los tiempos fue propicio para su general aceptación y difusión. Es comprensible que así fuera, dado el predominio de que vienen a gozar en esa época en Europa y, partiendo de ahí, en el resto del mundo occidental, el pensamiento liberal, y el lugar de preeminencia que se otorga en éste al individuo y a unos derechos que vendrán a considerarse pertenecientes al hombre por el hecho de haber nacido tal, que le son, por tanto, "naturales". De aquí el recelo con que se va a mirar la actividad gubernamental, ya que se verá en ella la fuente más poderosa y constante de atentados y limitaciones al reconocimiento y a la puesta en práctica de tales derechos. La función del gobierno viene a ser vista así como algo residual.

En tanto que el principio de legalidad señala que el gobierno solamente tendrá derecho a castigar en situaciones previamente determinadas por la legislación, va dirigido a servir de freno a posibles excesos de éste y se concilia así a la perfección con el espíritu de la época. Es en ese siglo, específicamente en 1764 que el Marqués de Beccaria llama dramáticamente la atención hacia la arbitrariedad e inhumanidad de las leyes criminales y de los castigos prevalecientes y se pronuncia también contra el arbitrio judicial en la determinación de delitos y penas. En su obra puede leerse lo siguiente. "Sólo las leyes pueden decretar penas para los delitos. La autoridad para esto sólo puede residir en el legislador..." [27] Beccaria tendrá la fortuna de que sus ideas se produjeran en la coyuntura histórica apropiada para ser aceptadas.

En ese mismo siglo las Revoluciones Americana y Francesa le darán al principio carta de presentación, lo que vendrá a repercutir durante el auge del constitucionalismo que tiene lugar en el pasado siglo 19, viniendo así el principio a ser adoptado en la mayor parte de las nuevas constituciones de Europa y América.

En la Constitución de los Estados Unidos de América, dentro de los poderes negados al Congreso que se consignan en el Artículo I, sección 9, se dispone, en la cláusula tercera de ésta, que no se aprobarán ni "bills of attainder", o proyectos para condenar sin celebración de juicio, ni leyes *ex-post facto.*

---

[27] Césare Beccaria, *On Crimes and Punishments* (New York: Liveral Arts, 1963), pp. 13-14. Aparte de la gran influencia que tuvo en Beccaria el pensamiento de Rousseau y de Montesquieu y, en general la Ilustración francesa, no puede pasarse por alto la influencia que en su obra ejerciera Hobbes.

En la interpretación del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, dentro de la prohibición de "bills of attainder" se incluye toda clase de legislación, no importa su forma, que se aplique a individuos específicos o a miembros de un grupo fácilmente discernibles de forma de infligirles castigo sin procedimiento judicial. (*U.S. v. Lovett,* 328 U.S. 303).

En cuanto a la prohibición de legislación retrospectiva, desde el caso de *Calder v. Bull* (3 Dall 380) de 1798, se decidió que ésta es aplicable solamente a estatutos penales.[28]

Este caso establece que es ex-post facto

1) Toda ley que considere criminal y que castigue un acto que al ser realizado era inocente;
2) Toda ley que agrava un delito o lo hace mayor de lo que era al momento de ser cometido;
3) Toda ley que altera el castigo y que impone una pena mayor que la fijada al momento de ser cometido [el delito] y
4) Toda ley que altera las reglas de evidencia y que exige menos prueba o prueba distinta a la exigida por la ley al momento de la comisión del delito para castigo al acusado.

En el Artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por los revolucionarios franceses en 1789, se dice "Nadie será acusado, arrestado o detenido excepto en los casos determinados por la ley y de acuerdo a las formas que ésta haya prescrito..."

Y el Artículo 8 dispone: "La ley debe establecer solamente penalidades que sean estricta y obviamente necesarias y nadie deberá ser castigado excepto por virtud de una ley establecida y promulgada antes de la ofensa y legalmente aplicada".[29]

El famoso criminalista alemán Anselmo Von Feuerbach, en 1801, explicitará, con alcance meramente científico, según Jiménez de Asúa, las siguientes máximas contenidas en el principio

1. La existencia de una pena supone una pena legal anterior (*nulla poena sine lege*).
2. La existencia de una pena está condicionada por la existencia de la acción amenazada (*nulla poena sine crimine*).

[28] Edward S. Corwin, Ed. *The Constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation* (Washington: U. S. Govt. Printing Office, 1964).
[29] Andrews, *Op. cit.,* p. 67 (traducción nuestra).

3. El acto legalmente amenazado está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).[30]

Ernesto Von Beling desarrolla luego el concepto de la tipicidad, que entraña la necesidad de una definición clara del delito en la ley. No habrá delito si los hechos atribuidos a un acusado no pueden subsumirse claramente dentro de lo que la ley describe como tal, debiéndose exonerar al acusado bajo esas circunstancias.[31]

LA ANALOGIA EN EL DERECHO PENAL

De lo anterior se desprende que el principio de legalidad envuelve también un rechazo de la analogía como criterio para castigar. La analogía consiste, en palabras de Jiménez de Asúa, en "la decisión de un caso penal no contenido por la ley, argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los fundamentos del orden jurídico, tomados en conjunto".[32]

Ahora bien, según señala el propio autor citado, hay que distinguir la analogía de la interpretación extensiva o liberal. En ésta, aunque el intérprete se sirva del elemento sistemático, el caso está previsto por los legisladores, incluso con palabras inadecuadas, mientras que en la aplicación analógica no ha sido contemplada aquella hipótesis por la ley. "En la interpretación extensiva falta la expresión literal, pero no la voluntad de la ley, y en la analogía falta también la voluntad de ésta".[33] Según este autor, la interpretación extensiva es admisible en ciertos casos: (a) cuando haya identidad de razón (no mera semejanza); (b) cuando, a pesar de una cuidadosa búsqueda literal y teológica, no se llegara a un resultado concluyente y persistiese la duda sobre la voluntad de la ley. En este caso, dice, ésta debe interpretarse restrictivamente cuando sea perjudicial para el reo y extensivamente cuando le sea favorable.[34]

La analogía ha sido aceptada solamente en muy pocos ordenamientos penales contemporáneos.[35] En Alemania, durante el régimen nazi, se aprobó la ley de 28 de junio de 1935, que disponía:

---

[30] Jiménez de Asúa, *Op. cit.*, p. 97. También Feuerbach conocía de cerca el pensamiento de Hobbes. Tan es así que escribió una obra relacionada con su pensamiento político que tituló Anti-Hobbes.

[31] Ernst Von Beling. *La doctrina del delito tipo.* (Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944).

[32] Jiménez, *Op. cit.*, p. 121.

[33] *Ibid.*, p. 122.

[34] *Ibid.*, p. 118.

[35] *Ibid.*, pp. 128-138.

> Será castigado quien cometa un acto declarado punible por la ley o que merezca sanción según el pensamiento fundamental de una ley y el sano sentimiento del pueblo. Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al delito, éste será penado conforme a la ley cuyo pensamiento fundamental sea más exactamente aplicable.[36]

Antes de aprobarse esta ley alemana, ya el Código Penal Ruso de 1926 establecía lo siguiente:

> II-6 "Un crimen es cualquier acto u omisión socialmente peligroso que amenace los fundamentos de la estructura política soviética y el sistema legal establecido por el Gobierno de los Obreros y los Campesinos para el período de transición a una estructura Comunista."

Y en el de 1934:

> II-10 En casos en que en el Código Criminal no haya referencia directa a formas particulares de delito, el castigo u otras medidas de protección social se aplicarán de acuerdo con aquellos artículos del Código Criminal que tengan que ver con aquellos delitos que más se aproximen en gravedad y clase a los cometidos.[37]

La ley alemana a que hicimos referencia llegó a su fin con la ocupación Aliada. Se opina que en la Alemania Nazi se recurrió pocas veces a la analogía en la práctica, a pesar de la ley del 1935 y de la política represiva del gobierno.[38] El nuevo Código Penal Alemán dispone en su primer párrafo que "un acto es castigable sólo cuando la ley que lo prohibe estaba en vigor antes de llevarse a cabo el acto".[39]

En la Unión Soviética parece, según Hall, que se trata de reafirmar el principio de legalidad, puesto que en el Artículo 3 del proyecto de bases para un nuevo Código Penal, de 1958, parece revocarse la analogía mientras que la sección 6 prohibe la legislación penal retroactiva.[40]

Fuera de regímenes totalitarios, solamente ha sido aceptada la analogía en Dinamarca, en cuyo Código Penal de 1939 se dice que "sólo cae bajo la ley el acto cuyo carácter punible está previsto por la legislación danesa o una acción enteramente asimilable a ese acto".[41] En opinión de Jiménez de Asúa, "abonan en Dinamarca la admisión de la

---

[36] *Ibid.*, pp. 134-135.
[37] Tall, *Op. cit.*, pp. 48-49 (nuertra traducción).
[38] *Ibid.*, p. 67.
[39] *Ibid.*, p. 67.
[40] *Ibid.*
[41] Jiménez de Asúa, *Op. cit.*, p. 29.

analogía razones técnicas y una larga práctica judicial que jamás se ha extraviado ni puesto en peligro las garantías políticas".[42]

Según el autor citado, también en Japón se ven tendencias a la admisión de la analogía.[43]

Vemos, de esta manera, cómo la analogía como base para determinar delitos va quedando arrinconada, con lo que se propicia la extensión del régimen del principio de legalidad.

El principio halla su final expresión en documentos tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948, que en su Artículo XXV dispone que:

> Ninguna persona será privada de su libertad excepto en los casos y de acuerdo a los procedimientos establecidos por leyes preexistentes...[44]

Y el XXVI:

> Toda persona acusada se presume inocente hasta que se pruebe su culpabilidad. Cualquier persona acusada de una ofensa tiene el derecho a gozar de un juicio imparcial y público y a ser juzgado por tribunales previamente establecidos de acuerdo a leyes preexistentes y a no recibir castigo cruel o inusitado.[45]

Y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 11 dice:

> 2. Nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento en que fueron cometidas no constituyeran acto delictivo conforme al derecho nacional o internacional. Del mismo modo, no se impondrá ninguna pena mayor de la que fuera aplicable en el momento que el acto delictivo fue cometido.

El Juicio de Nuremberga

Sin embargo, tres años antes de aprobarse estos documentos se había llevado a cabo la más flagrante violación de los contenidos del princi-

---

[42] *Ibid.*
[43] *Ibid.*
[44] Dennett, Raymond, Ed. *Documents on American Foreign Relations*, Vol. X (Connecticut: Princeton University Press, 1948), p. 53.
[45] *Ibid.*

pio que ha constituido uno de los hitos más avanzados en el desarrollo de la civilización, en el Juicio de Nuremberga, que comenzó en Noviembre de 1945, durando cerca de diez meses, y que sirvió de pauta para otros juicios contra "criminales de guerra".

El juicio fue conducido por los Estados Unidos de Norteamérica, el Reino Unido, la República Francesa y la Unión Soviética, cuyos representantes compusieron el Tribunal Militar Internacional que vio los cargos contra los líderes militares, políticos y económicos de la vencida Alemania Nazi. Los cuatro poderes mencionados fueron los que llevaron a cabo el Acuerdo de Londres, de agosto de 1945, en el cual se aprobó el Estatuto bajo el que se organizó y trabajó el Tribunal.

Aunque rebasa los propósitos y alcances de este trabajo analizar en detalle lo ocurrido en el referido juicio, haremos referencia a algunos de sus aspectos en que se muestra más clara la violación de los postulados del principio de legalidad que allí se llevó a cabo. A estos efectos haremos referencia fundamentalmente al libro de Robert K. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law*[46] por considerarlo exponente característico de las defensas que de lo ocurrido en Nuremberga se han hecho y porque, en buena medida, resume y compendia los argumentos que se han utilizado en tales defensas.

No entraremos a explorar problemas tales como el de si el llamado Derecho Internacional tiene existencia real,[47] si en tal caso es aplicable a los individuos al igual que a Estados, si puede responsabilizarse criminalmente al individuo bajo sus disposiciones, si puede hacerse responsable a un individuo por actos que llevara a cabo como instrumento del Estado del que es miembro y si el llamado Tribunal Militar Internacional era uno de naturaleza verdaderamente internacional, formado como estaba exclusivamente por representantes de las cuatro potencias vencedoras.

Según el autor citado, de la misma manera que el Artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, en La Haya, dispone que "el Tribunal aplicará acuerdos internacionales, costumbres internacionales y principios generales de derecho, hay tres criterios para determinar si un acto es un crimen internacional por el que un individuo puede ser responsabilizado:

---

[46] (London: Stevens & Sons, Ltd., 1963).

[47] Según Hobbes la ley de las naciones como la ley natural no es verdadera ley. "La ley de las naciones y la ley de la naturaleza son la misma cosa y cada soberano tiene el mismo derecho al velar por la seguridad de su pueblo que puede tener cualquier hombre en particular al garantizar la seguridad de su propio cuerpo." Hobbes, *Op. cit.*, p. 288. Muchos otros autores del pasado y del presente han compartido este criterio.

(1) Si es confirmado como tal por el Derecho Internacional consuetudinario y la práctica de los Estados;

(2) Si está establecido como tal por un tratado o acuerdo internacional;

(3) Si constituye una violación de principios fundamentales de justicia.

En resumen, dice, un acto es un crimen internacional si causa grave daño a la comunidad internacional, lo que puede determinarse de los criterios citados. Si el acto es un crimen internacional de acuerdo a esos criterios, un individuo puede ser hallado responsable por él bajo el Derecho Internacional.[48]

Para ver el grado en que se mancilló el principio de legalidad en Nuremberga basta hacer referencia al cargo de "crimen contra la paz", del cual fueron hallados culpables y sentenciados la mayoría de los acusados.

El Tribunal consideró dos categorías de este supuesto delito:

1. Participación en un plan común para preparar, iniciar y llevar a cabo guerra opresiva.

2. Planificar o llevar a cabo guerras de agresión específicas.

El Tribunal basó su sentencia condenatoria, fundamentalmente, en las disposiciones del Pacto Kellogg - Briand. Dicho pacto había sido firmado en París, el 27 de agosto de 1928, por 63 naciones incluyendo a las cuatro Grandes Potencias. Su preámbulo dice lo siguiente:

> Todo cambio en las relaciones entre cada una (de las naciones firmantes) debe hacerse por medios pacíficos y ser el resultado de un proceso pacífico y ordenado, y a cualquier poder firmante que de aquí en adelante trate de promover sus intereses nacionales recurriendo a la guerra deberán negársele los beneficios de este Tratado.

El Artículo I dispone:

> Las Altas Partes Contratantes solemnemente declaran en nombre de sus respectivos pueblos que condenan el recurrir a la guerra para la solución de controversias internacionales y renuncian a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas

Y el Artículo II dice:

---

[48] Woetzel, *Op. cit.*, p. 110.

> Las Altas Partes Contratantes acuerdan que la solución de todas las disputas y conflictos de cualquier naturaleza u origen que puedan surgir entre ellas sólo será buscada por medios pacíficos.[49]

Este pacto, que declaró ilegal recurrir a la fuerza como medio de política nacional, es, según Woetzel, el único que puede prácticamente considerarse válido universalmente, ya que fue suscrito por la mayoría de los Estados.[50] Pero a la interrogante de si este pacto tenía la fuerza de un tratado obligatorio sobre las partes firmantes o si pasó a ser parte del Derecho Internacional consuetudinario o estableció un principio general de Derecho Internacional, creemos que hay que contestar en la negativa puesto que sus dictados no fueron confirmados en la práctica, sino violados innumerables veces desde su aprobación.

Sobre la cuestión de si es lícito establecer responsabilidad criminal bajo los postulados del mencionado pacto, es muy difícil poder contestar en la afirmativa. El propio autor citado admite que el pacto no define guerra agresiva ni la estigmatizó como crimen internacional. No dispuso sanciones a través de la fuerza para las violaciones de sus contenidos. Según el Ex Secretario de Estado norteamericano Stimson, el pacto descansa en la "sanción de la opinión pública".[51] Woetzel nos dice:

> En el período entre las guerras el *jus contra bellum* hizo grandes avances. El principio de que recurrir a la guerra es ilegal excepto en ciertos casos específicos, había sido enunciado en varios tratados y declaraciones. A pesar de las repetidas violaciones de este concepto puede decirse que tenía el apoyo de la opinión pública en la mayor parte de los países y que los gobiernos continuaron rindiéndole homenaje verbal (*lip service*) por lo menos...
>
> No fue aplicado como un principio con sanciones penales, sin embargo, hasta el Juicio de Nuremberg. Fue entonces que la nueva doctrina sobre la guerra tomó forma. El Pacto Kellog-Briand pudo haber puesto la base para el *jus contra bellum,* pero fue en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional y la Sentencia del Juicio de Nuremberg que se hizo el intento de convertirlo en un nuevo cuerpo de reglas.[52]

Para rendir su sentencia, el Tribunal se consideró regido por las disposiciones de su Estatuto pero éste no podía ni puede ser visto como expresivo del Derecho Internacional según existía al momento en que

---

[49] Citado en Woetzel, *Op. cit.*, pp. 143-144 (nuestra traducción).
[50] *Ibid.*, p. 145.
[51] Citado en Woetzel, *Op cit.*, p. 153.
[52] *Ibid.*, p. 154.

fue adoptado. Como se ha señalado, fue resultado del acuerdo de las cuatro potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial, que no tenían facultad para legislar reglas de Derecho Internacional. Aparte de eso, aun de haber tenido tal facultad, se trataría de legislación penal *ex-post facto* rechazada entonces en sus propios sistemas de derecho por lo menos por tres de los firmantes de acuerdo, Francia, Inglaterra y los Estados Unidos, en esta última con rango constitucional.

En la sentencia, el Tribunal no definió en ningún momento el concepto crucial de "guerra agresiva". Sin embargo, sostuvo la alegación de que la guerra agresiva es un acto criminal y que planificar, preparar, iniciar o llevar a cabo una guerra agresiva o participar en un plan común o conspiración para lograr cualquiera de estos fines era ilegal y que podrá responsabilizarse a individuos por cometerlos. El Tribunal sostuvo que la relación de líder y seguidor no obviaba la responsabilidad por la comisión de los actos que constituían el crimen contra la paz, si el seguidor conocía el propósito del Führer y le dio su cooperación.[53]

Sobre el segundo cargo, dice Woetzel que "el tribunal fue menos claro en la determinación de los límites de la criminalidad en cuanto a llevar a cabo una guerra agresiva. Varios acusados fueron convictos de llevar a cabo tales guerras sin haber tenido conexión directa con la planificación, preparación o iniciación de ellas. Luego de hallarlos culpables de haber llevado a cabo guerras agresivas, el Tribunal consideró innecesario determinar hasta qué punto estas acciones constituyeron violaciones de tratados y pactos específicos.[54]

El Tribunal pasó por alto el argumento de la defensa en el sentido de que no existía definición práctica alguna de agresión en Derecho Internacional y que resultaba imposible prohibir con sanciones legales un acto indefinido.

Para darnos cuenta de la debilidad de las bases legales de la sentencia, nos bastaría referirnos a la siguiente cita de Woetzel:

> El Tribunal consideró el problema de la definición de agresión como *une pure question de fait.* Los incidentes sujetos a su evaluación constituían un "caso claro" y el Tribunal concentró sus esfuerzos en la determinación de la intención criminal del acusado en vez de atribuirle responsabilidad por sus actos. Esta era la única posible vía legal por la que el Tribunal podía llegar a una conclusión en sus deliberaciones, toda vez que hubiera sido difícil determinar la culpabilidad de individuos atribuyéndoles responsabilidad por actos no claramente definidos

[53] *Ibid.*, p. 161.
[54] *Ibid.*, p. 162.

como criminales, pudiendo ellos, por lo tanto, alegar defensa propia u otros motivos para cometerlos. Al demostrar que su intención había sido criminal, este argumento quedaría eliminado.[55]

Acepta el autor que venimos citando que ni la Sentencia ni el Estatuto constituyen base suficiente para presumir que la ilegalidad de la guerra agresiva representa un principio del derecho de las naciones. Pero afirma que la confirmación de los principios del Estatuto y la Sentencia por la comunidad internacional justificaría el presumir que puede responsabilizarse a individuos por cometer el crimen contra la paz y que la comunidad internacional expresó su aprobación de los principios del Estatuto y de la Sentencia en dos actos separados antes y después del juicio y que de esta manera endosó el concepto de crimen contra la paz y, por implicación, la opinión del Tribunal con relación al Pacto Kellogg-Briand y demás documentos que citó el Tribunal, y sus consecuencias legales como base del delito. Colige, tratando de justificar lo injustificable y pasando por alto que ambas instancias a que se refiere tuvieron lugar luego de los hechos castigados, que esto es evidencia tangible suficiente para concluir que el Tribunal estuvo justificado en decidir como lo hizo y concluye sorprendentemente que la conclusión del Tribunal con relación a los crímenes contra la paz no violó la máxima *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege.* Señala que esta máxima no puede considerarse una limitación sobre la soberanía de un Estado, sino un principio general de justicia. Tomando como buenas las palabras del Tribunal, dice que éste indicó que no se cometía injusticia en aplicar el concepto de crimen contra la paz por el que podía responsabilizarse a los individuos bajo el Derecho Internacional; que esto fue confirmado por la comunidad internacional, lo que justifica la conclusión de que los principios aplicados por la corte fueron justos; que toda vez que la máxima *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* es un principio de justicia y el concepto del crimen contra la paz es justo, la máxima no fue violada por este concepto.[56]

No podemos visualizar cómo puede sostenerse tal conclusión. El principio de legalidad ha venido a constituir hoy, luego de un largo y honroso desarrollo a través de los siglos, mucho más que un principio abstracto de justicia en casi todos los países civilizados del orbe, incluyendo a la mayoría de los representados en el Tribunal. Aparece, como señaláramos, con rango constitucional en los Estados Unidos; se le consagra en el Código Penal Francés; está firmemente enraizado en el Common Law inglés y aún en la Unión Soviética la tendencia es a

[55] *Ibid.*, pp. 164-165.
[56] *Ibid.*, p. 171.

regresar a él, como viéramos anteriormente. Es hoy una regla concreta de derecho, en la mayor parte de los países del mundo, un mandato dirigido a prohibir a los gobiernos castigar sin base legal.

Verlo como un mero principio de justicia que dependa de lo que pueda parecer justo, en un momento dado, al que tiene en sus manos el poder de juzgar, es quitar al principio toda su fuerza y desvirtuarlo. No es, quizá, mucho lo que pueda quedar de él en manos de un grupo de países victoriosos en una guerra, imbuidos de sed de venganza contra los derrotados.

El autor citado pasa por alto que hay diferencias de importancia entre el campo de la moral y el de Derecho Penal. No importa lo horrendo y lo cuestionable éticamente del acto cometido, no debe imponérsele penas si no aparece prohibido legalmente.

Por rechazar como indebida la práctica de derivar delitos y penas de criterios vagos e imprecisos, nos parecen relevantes en este punto palabras vertidas por el Tribunal Internacional Permanente de Justicia. Al rendir una opinión consultiva en la cual declaró inconsistentes dos decretos legislativos que ponían en vigor la analogía y que iban dirigidos a llenar lagunas en la legislación penal con la Constitución de la entonces Ciudad Libre de Danzig, el Tribunal se expresó así:

> La creencia del juez sobre lo que es la intención que subyace a una ley es esencialmente materia de apreciación individual de los hechos y al igual ocurre con lo que es condenado por el sano sentimiento popular. En vez de aplicar una ley penal igualmente clara tanto para el juez como para el acusado, según ocurría bajo la ley penal previamente en vigor en Danzig, existe la posibilidad, bajo los nuevos decretos, de que un hombre pueda ser juzgado y castigado por un acto que la ley no le permitía conocer como ofensa porque su criminalidad depende enteramente de la apreciación de la situación por el fiscal y el juez. Así, un sistema en que el carácter criminal de un acto y la penalidad que éste apareja serán conocidos solamente por el juez reemplaza a un sistema en que este conocimiento era accesible tanto al juez como al acusado.
>
> No debe pasarse por alto que una opinión individual sobre cuál es la intención subyacente de la ley o sobre lo que es condenado por el sano sentimiento popular puede variar de hombre a hombre. El sano sentimiento popular es un criterio muy vago. Fue definido por el Representante de la Ciudad Libre como "una convicción correspondiente a las estrictas exigencias de la moral". Esta definición cubre el campo completo extra legal de lo que es bueno y malo de acuerdo al código ético o sentimientos religiosos de la persona particular. Se sigue que el sano sentimiento popular puede significar diferentes reglas de conducta en

> las mentes de aquellos que deben actuar de acuerdo a ellas. Es por esta razón que es necesario legislar para colocar los límites precisos entre la moral y la ley. Una alegada prueba de sano sentimiento popular, aun si unida con la condición que provee para la aplicación del pensamiento fundamental de una ley penal, no puede brindar a los individuos ninguna indicación suficiente de los límites más allá de los cuales sus actos son castigables.
>
> ...Es cierto que una ley criminal no siempre regula todos los detalles. Al emplear un sistema de definición general, deja a veces al juez no sólo su interpretación sino la determinación de cómo aplicarla. La cuestión de en qué punto este método viene en conflicto con el principio de que no deben restringirse derechos fundamentales excepto por ley, puede no ser fácil de resolver. Pero hay casos en los que el poder discrecional dejado al juez es demasiado amplio para dejar dudas de que se exceden tales límites. Tal es el caso al que se confronta este Tribunal al presente.[57]

Por otro lado, estimamos que el Tribunal compuesto por los vencedores del sistema político-social condenado por todo país civilizado como el más abyecto violador de la dignidad del ser humano, debió ser paradigma del respeto de la dignidad del individuo y de los derechos consagrados a éste luego de cruentas luchas a través de la historia contra regímenes autocráticos; de la limpieza en los procedimientos y del apego a bases legales claras y específicas en sus determinaciones.

No vemos cómo puede un tribunal llamado internacional merecer el respeto mundial si se aparta de los principios legales más elevados desarrollados a través de los siglos, correspondiendo en el plano penal el más alto puesto entre éstos al principio de la legalidad de los delitos y de las penas.

El principio de legalidad en nuestro ordenamiento penal vigente

El principio de legalidad aparece consagrado en el código penal puertorriqueño en su sección 5: "Ninguna persona será arrestada por crimen o delito alguno que no estuviera expresamente declarado como tal por este Código, excepto por crímenes o delitos contra las leyes de los Estados Unidos aplicables en Puerto Rico, las decretadas por la Asamblea Legislativa de Puerto Rico y por el Congreso de los Estados

[57] Permanent Court of International Justice, Series A/B, No. 65, 4 dic., 1935 (nuestra traducción).

Unidos para Puerto Rico". Y en la sección 31: "Todo delito público es un acto cometido u omitido en violación de alguna ley que lo prohibe u ordena..." Dentro de nuestras Reglas de Procedimiento Criminal y de la que es quizá la más importante —la regla 64— el primero de los fundamentos de la moción para desestimar una acusación, denuncia, o cualquier cargo de las mismas que allí se establecen, es que la acusación o denuncia no imputa delito alguno.

Esto ha sido reafirmado por la jurisprudencia en el caso de *Pueblo vs. Gallardo* (22 DPR 153) de 1905, en que, al absolver al acusado, el Tribunal señaló: "Aunque la doble inscripción está prohibida por el artículo de la Ley Electoral de 1906, no aparece penada, sin embargo, y ciertamente no lo está por el Artículo 162 del Código Penal... Nadie debe ser castigado a no ser que se determine su delito".

Y en *Pueblo vs. Paratze* (22 DPR 38), en que el Tribunal, al examinar la denuncia allí envuelta, no halló en ella motivo delictivo alguno y se pronunció así:

"Delito es un acto cometido u omitido en violación de alguna ley que lo prohibe u ordena. Ningún acto puede ser castigado como delito a no ser que esté a la vez prohibido y castigado por el estatuto".

También en este sentido se pronunció el tribunal en *Pueblo vs. Llauger* (14 DPR 548), en que se dice lo siguiente... "para arrestar y castigar a alguna persona en Puerto Rico, dicha persona debe ser acusada de algún crimen o delito que haya sido declarado como tal por el Código Penal y para cuyo crimen o delito se haya señalado una de las cinco penas enumeradas en el Artículo 10". Se declara que no tienen vida legal en Puerto Rico los delitos previstos y castigados en el "derecho común", "a menos que se encuentre en los códigos de Puerto Rico una suficiente designación del delito denunciado, y debe ponerse en libertad al acusado".[58]

En este caso, sin embargo, se halló que el delito imputado, agresión con intención de cometer homicidio, estaba comprendido tanto en el Artículo 50 como en el 223 de nuestro Código Penal. Fue este un caso que puede considerarse como de interpretación extensiva, la que, en nuestra opinión, debe evitarse en la medida de lo posible. No debe perderse de vista que la diferencia entre ésta y la analogía es sutil y puede dar oportunidad al juez para legislar en material penal en perjuicio de un acusado.

En *Meléndez vs. Tribunal Superior* (90 DPR 656), de 1964, dice el Tribunal, al puntualizar su deber bajo el principio de legalidad de interpretar restrictivamente la ley penal:

---

[58] Pueden verse además en cuanto a este extremo los casos de *Pueblo vs. Corretjer* (72 DPR 254) y *Pueblo vs. Marrero* (57 DPR 713).

> En derecho penal, la ciencia del principio de legalidad —del imperio de la ley— consiste en la limitación de la penalidad a la aplicación de lo dispuesto en reglas específicas. Ese es el contenido preciso de la antigua máxima *nulla poena sine lege* y de la expresión, aún más limitada, conocida como *nullum crimen sine lege.* El principio de la legalidad requiere que en la interpretación de un estatuto penal, el juzgador se limite al significado bien establecido de las palabras, a su significado común, en lugar de basarse en un significado deducido del propósito general o intención legislativa del estatuto.

En ese caso, Meléndez había impugnado la confiscación, hecha por el Secretario de Justicia, de un auto porque en él se transportaba, supuestamente, un arma (*blackjack*). Se alegó que lo que se portaba era una fusta, con lo que concuerda el Tribunal al analizar las características del instrumento envuelto en el caso. Señala el Tribunal que, aunque se llegara a la conclusión de que una fusta es un instrumento similar a un *blackjack,* la ley (Artículo 4 de la Ley de Armas de Puerto Rico) no declara delito que se porte un instrumento similar al *blackjack,* como lo hace al declarar delito que se porte un cuchillo, puñal, etc.

En este caso se cita con aprobación la decisión de *Pueblo vs. Terraza* (28 DPR 11), de 1903, en que se decidió que la denuncia no imputaba delito alguno ya que, limitándose el Artículo 553 del Código Penal de Puerto Rico a fijar la hora desde la cual deberán permanecer cerrados los establecimientos comerciales e industriales, no prohibe ni pena el acto de abrir un comerciante su establecimiento a las dos de la mañana del día siguiente. Se cita en este caso, al igual que en el de Meléndez, el de *Lange vs. El Pueblo* (24 DPR 856), de 1917, en el que al sostenerse que existe en Puerto Rico el delito de acometimiento grave por estar, según el Tribunal, claramente definidos y penados en la ley tanto el acometimiento como el acometimiento y agresión, se dijo sin embargo, que:

> No debe quedar convicto un hombre por un delito que no esté claramente definido y castigado por las leyes y jamás debe forzarse el texto de la ley mediante interpretación al efecto de que quede comprendido en él ningún delito que la Legislatura no haya tenido claramente presente.

En cuanto al principio de la irretroactividad de las leyes penales, derivación necesaria del principio de legalidad, aparece firmemente establecido en el Artículo I, sección 9, cláusula 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América en lo referente al Congreso y, en cuanto a los Estados, en el Artículo I, sección 10, claúsula 1; y en la

Constitución del Estado Libre Asociado en Puerto Rico, en su sección 12, del Artículo II, en fraseología que los puertorriqueños copiamos literalmente de la primera disposición citada.[59]

El caso de *Fernández vs. Rivera* (70 DPR 900) resume básicamente los alcances del principio de irretroactividad de las leyes penales en nuestro ordenamiento, haciendo suyas las expresiones ya citadas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso de *Calder vs. Bull,* sobre las cuatro situaciones en que una ley puede considerarse *ex-post facto.*[60] Y se añade en *Fernández vs. Rivera*:

"El principio allí enunciado fue ampliado por la propia Corte Suprema... en el de *Thompson vs Utah* (170 US 343) en el cual se dijo a la página 351, que también es *ex post facto* una ley que en relación con el delito o sus consecuencias altera la situación del acusado en su perjuicio".

Se resolvió en este caso (*Fernández vs. Rivera*) dejar sin efecto una sentencia por haber sido dictada bajo una ley que enmendaba otra que, a la fecha de la comisión del delito, autorizaba a los tribunales a suspender sentencias en casos de asesinato en segundo grado, en el sentido de excluir dicho delito de los efectos de la suspensión, resultando así *ex-post facto* al ser aplicada al acusado ya que alteraba su situación para su detrimento.

El caso de *Pueblo vs. Pérez Méndez* (83 DPR 534), decidido en 1961, establece, citando palabras del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso de *Duncan vs. Missouri* (152 US 377), que es *ex-post facto* aquella ley:

a) que considera delictivo y castiga un acto que al ser realizado no era punible;
b) que agrava un delito o lo hace mayor de lo que era al momento de ser cometido;
c) que altera las normas de evidencia y exige menos prueba o prueba distinta a la exigida por la ley vigente a la fecha de la comisión del delito;
d) en relación con el delito o sus consecuencias, altera la situación del acusado en forma desfavorable para él,

Otros casos que ilustran este principio o algunas de sus facetas son: *Pueblo vs. Villegas* (6 DPR 223), en que se establece que cuando una nueva ley mejore la condición de un acusado en una causa criminal,

[59] "No se aprobarán leyes *ex post facto* ni proyectos para condenar sin celebración de juicio".

[60] Escuela de Administración Pública, Universidad de Puerto Rico, *La Nueva Constitución de Puerto Rico* (Río Piedras P. R., Ediciones de la U.P.R., 1954). p. 174.

deberá aplicarse ésta y que de esta manera deben admitirse efectos retroactivos a leyes que tengan ese efecto.

En *Pueblo vs. López* (70 DPR 790) se planteó si constituía una infracción de la cláusula *ex-post facto* que un jurado rindiese un veredicto de culpabilidad por votación de tres cuartas partes de sus miembros en un caso en el que el delito fue cometido con anterioridad a la aprobación de la ley que así lo permitía, rigiendo al momento de la comisión del delito una ley que exigía un veredicto unánime por un jurado de doce miembros. Se decidió en la afirmativa. Y en *Emmanuelli vs. Tribunal* (74 DPR 541) se declaró nula una sentencia por ser consecuencia de una ley que alteraba desfavorablemente para los acusados la norma del castigo.

El principio de legalidad en el proyecto de código penal para Puerto Rico

El principio de legalidad aparece consagrado en el Proyecto de Código Penal ante la consideración de nuestra Asamblea Legislativa, en el Artículo 6 de su Capítulo I que lee así:

> Nadie podrá ser penado ni sujeto a medidas de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto por la ley como delito, ni con penas o medidas de seguridad que la ley no hubiese previamente establecido.
>
> No será admisible la analogía para crear delitos, ni penas, ni medidas de seguridad.

A diferencia del código vigente, este artículo propuesto menciona medidas de seguridad ya que este proyecto propone por primera vez su establecimiento en nuestro sistema penal. Es desde todo punto de vista necesario que se las incluya junto a las penas en este artículo en tanto que, como éstas, representan privación de la libertad individual.

Entendemos que el artículo tal y como está redactado es un paso de avance sobre lo dispuesto en el mismo sentido en el código vigente, toda vez que abarca de una manera clara, sencilla y completa los alcances del principio de legalidad. Cumple así con el desideratum de lo que debe ser un artículo de la parte general de un código penal.

Sobre el segundo párrafo del citado artículo hacemos nuestras las expresiones del Dr. José Miró Cardona ante la Comisión de lo Judicial de la Cámara de Representantes de Puerto Rico:

Dice ese párrafo en las líneas 12 y el de la página 3: "No será admisible la analogía para crear delitos, ni penas, ni medidas de seguridad." De acuerdo absolutamente con el concepto, porque por la vía de analogía se ha vulnerado el derecho penal, pero yo no diría nunca "No será admisible la analogía para crear delitos." El juez no puede crear un delito. El delito lo crea el legislador y puede usar la analogía para crear el delito, tipificarlo, con tal de que no se aplique *ex post facto,* es decir, a hechos anteriores. Y, entonces, lo redactaría más o menos así: "Nadie podrá ser sancionado por un hecho no previsto en la ley penal por su analogía con otro en la ley preestablecida.[61]

Conclusión

Hemos trazado a grandes rasgos el desarrollo de uno de los más grandes logros en el desenvolvimiento legal y político de Occidente, que goza hoy prácticamente de universal aceptación: el principio de la legalidad de los delitos y de las penas. Luego de hacer referencia a antecedentes un tanto nebulosos en el Derecho Romano y a documentos como la Magna Carta inglesa de 1215, aludimos a la aportación que hiciera al desarrollo del principio mencionado, el gran pensador inglés del Siglo XVII, Tomás Hobbes, a pesar de que a primera vista resulte paradójico que este teorizante, defensor del absolutismo político, se declare en favor del apego a la legalidad en cuanto al establecimiento de delitos y fijación de penas.

Señalamos al Siglo de las Luces, el Siglo XVIII, como aquel desde el cual, por estar a tono con el espíritu liberal de los tiempos, viniera el principio a lograr general difusión y aprobación, e hicimos referencia en este sentido a la importancia de la obra de Beccaria y de documentos como la Constitución Norteamericana y la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.

Aludimos a desarrollos posteriores, tales como el rechazo de la analogía como base para imponer castigos, e hicimos referencia a la anomalía de que el principio que va tan lejos en la protección de la libertad del individuo haya sido violentado en la práctica por personas y Estados contemporáneos que hacen alarde de colocar en el centro de su atención al individuo y los derechos que le corresponden. Así ocurrió durante los procesos contra los llamados "criminales de guerra" en Nuremberga. Esperamos, sin embargo, que la gran cantidad de críticas que se pueden hacer y que se han hecho a lo allí ocurrido pueda

[61] José Miró Cardona. Ponencia ante la Comisión de lo Judicial de la Cámara de Representantes de Puerto Rico, 15 de septiembre de 1967.

ser capaz de crear una opinión pública mundial que impida que ello vuelva a repetirse y que pueda considerársele como precedente en el Derecho Internacional o en los sistemas jurídicos de los diferentes países.

Notamos con beneplácito que, en el ordenamiento jurídico puertorriqueño, el principio ha logrado amplio reconocimiento en la Constitución, el Código Penal y la jurisprudencia. En cuanto al proyecto de código penal ante la consideración de nuestra Asamblea Legislativa, vimos que se le expone allí de manera adecuada, pero recomendamos que se haga patentemente claro que no deberá utilizarse la analogía para imponer castigos.

Hemos visto así, a través del desarrollo de este escrito, que puede sostenerse que luego de expresiones y aplicaciones parciales de varias de sus facetas en diferentes épocas históricas, los contenidos básicos que se atribuyen hoy al principio de legalidad parecen por primera vez reunidos y diáfanamente plasmados en el pensamiento de Tomás Hobbes, por lo que consideramos que, para su cabal comprensión, hay que partir del pensamiento de este autor. Hallamos allí las nociones de que no habrá delito si no hay ley que prohiba la acción llevada a cabo y de que no debe imponerse pena sin haber habido transgresión de la ley, junto al principio de la irretroactividad de las leyes penales, dimensiones básicas con que se le consagra en múltiples documentos y expresiones desde el Siglo XVIII, en que, como señaláramos, vino a lograr aprobación general. Desarrollos más recientes, como el mencionado rechazo de la analogía en el Derecho Penal, entrañan derivaciones y refinamientos de las formulaciones básicas mencionadas.

BIBLIOGRAFIA

ANDREWS, WILLIAM G. *Constitutions and Constitutionalism.* Princeton: Van Nostrand, 1961.

ASHLEY, MAURICE. *England in the Seventeenth Century.* Londres: Cox & Wyman Ltd., 1960.

BECCARIA, CÉSARE. *On Crimes and Punishments.* New York: The Library of Liberal Arts, 1963.

BURNS, EDWARD. *Civilizaciones de Occidente.* Buenos Aires: Ediciones Peuser, 1953.

CORWIN, EDWARD S. *Liberty Against Government.* Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1948.

——. *Constitution of the United States: Analysis and Interpretation.* Washington: U. S. Printing Office, 1963.

UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO, Escuela de Administración Pública, *La nueva Constitución de Puerto Rico.* Río Piedras: Ediciones de la Universidad de Puerto Rico, 1954.

GERHART, EUGENE C., *et al., The Lawyer's Treasury.* New York: Bobbs Merril Co., 1956.

HALL, JEROME. *General Principles of Criminal Law.* New York: Bobbs Merril Co., 1960.

HOBBES, THOMAS. *Leviatán.* Río Piedras: Editorial Universitaria, 1964.

——. *A Dialogue of the Common Laws.* Londres: Scientia Aalen, 1962.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. *La ley y el delito.* Buenos Aires: Editorial Hermes, 1963.

——. *Tratado de derecho penal,* Tomos I y II. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.

KELSEN, HANS. *La paz por medio del derecho.* Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.

LÓPEZ REY, MANUEL. *La reforma penal en Puerto Rico.* Río Piedras: Universidad de Puerto Rico, 1967.

MONTESQUIEU, BARÓN DE. *The Spirit of the Laws.* New York: Hafner Publishing Co., 1959.

ROUSSEAU, JUAN JACOBO. *El Contrato Social.* Buenos Aires: Aguilar, 1965.

SABINE, GEORGE H. *A History of Political Theory.* New York: Henry Holt & Co., 1955.

STRAUSS, LEO. *The Political Philosophy of Hobbes, Its Basis and Its Genesis.* Oxford, 1936.

TASWELL, THOMAS P. *English Constitutional History.* Londres: Houghton Mifflin Co., 1946.

VON BELING, ERNST. *La doctrina del delito tipo.* Buenos Aires: Editorial De Palma, 1944.

VON LISZT, FRANZ. *Tratado de derecho penal.* Madrid: Editorial Rius, 1926.

WOETZEL, ROBERT K. *The Nuremberg Trials in International Law.* Londres: Stevens & Sons Ltd., 1962.

Artículos y otras fuentes

BALLESTER GOZALVO JOSÉ: El Marqués de Beccaria, un revolucionario del derecho penal. *Asomante,* oct.-dic. 1965.

BRIGGS, CHARLES W. Holmes was not on a Ladder with Hitler, *American Bar Association Journal,* Vol. 32, octubre de 1946.

MIRÓ CARDONA, JOSÉ: Ponencia ante la Comisión de lo Judicial de la Cámara de Representantes de Puerto Rico, 15 de septiembre de 1967.

PALMER, BEN W.: Hobbes, Holmes and Hitler. *American Bar Association Journal,* Vol. 31, noviembre de 1945.

——. Edward Coke, Champion of Liberty. *The Lawyer's Treasury.* New York: Bobbs Merrill Co., 1956.