

EL ILUMINISMO PENAL EN LA OBRA
DE MANUEL DE RIVACOBA*

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA**
Universidad de Antofagasta

RESUMEN

Con un claro sentido de homenaje a la memoria del ilustre profesor español Dr. Manuel de Rivacoba y Rívacoba, el trabajo destaca la constante labor investigativa que éste realizó en torno a la época y a los principios del Iluminismo penal, poniendo de manifiesto el grado de coherencia con que el maestro hizo suyo ese legado y lo reflejó incansablemente a lo largo de su vasta producción científica. El estudio destaca, asimismo, la visión que tenía Rivacoba sobre los fenómenos políticos y culturales del siglo XVIII y pone de manifiesto que su interés por el tema no era el del erudito que se recrea o complace en cosas antiguas, sino la del científico realista que busca una respuesta sólida frente a los actuales desafíos de la política criminal. Con todo, el trabajo no se circunscribe a la forma en que el maes-

ABSTRACT

With a clear sense of homage to the memory of the distinguished Spanish Professor Dr. Manuel de Rivacoba y Rívacoba, this article enhances his steady research work on the era and principles of criminal Illuminism, making explicit the degree of consistency with which he became attached to it and showed it throughout his vast scientific production. This article also emphasizes Rivacoba's view of eighteenth-century political and cultural phenomena, and it makes evident that his interest was not that of the scholar who indulges in ancient things, but that of the realistic scientist who seeks a solid response to the real challenges posed by criminal policies. All in all, the article is not confined to the way in which he conceives the guiding principles of the liberal penal law, but it also refers to the

* Reconstrucción, someramente anotada, de la intervención del autor en la ceremonia de presentación de la obra *El penalista liberal. Libro de Homenaje al Profesor Manuel de Rivacoba* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2004), efectuada en la ciudad de Valparaíso con ocasión de las Primeras Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales.

** Catedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antofagasta (Chile). Dirección postal: Avenida Jaime Guzmán s/n. Campus Coloso. Antofagasta.

tro español concibe los principios rectores del derecho penal liberal, sino que también se refiere a los estudios monográficos que éste dedicó a los principales representantes del movimiento reformador, haciendo en muchos casos justicia a la figura de algunos de ellos y dimensionando acertadamente su obra, como sucede, señaladamente, con Lardizábal, Marat y Robespierre.

PALABRAS CLAVE: Iluminismo – Iluminismo penal – Derecho penal liberal – Ilustración – Manuel de Rivacoba.

monographic studies he devoted to the main representatives of the reform movement, on many occasions doing justice to the character of some of them and stressing the importance they deserve, as is the case of Lardizábal, Marat, and Robespierre.

KEY WORDS: Illuminism – Criminal Illuminism – Liberal criminal law – Enlightenment – Manuel de Rivacoba.

I.

La organización de este evento me ha pedido que dedique mi exposición al Iluminismo penal en la obra del profesor doctor Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Tan amable solicitud plantea empero a mis conocimientos y capacidad un complejo desafío. Por una parte, sabido es que la reforma penal dieciochesca –la más radical y significativa de cuantas transformaciones ha experimentado la atroz disciplina a lo largo de la historia– es apenas una parte de los más vastos afanes innovadores propios de una época vocada y volcada a los cambios, a remover las rémoras del pasado y sentar nuevas bases para la sociedad del porvenir. Esto representa un obstáculo para la adecuada circunscripción y caracterización de mi tema, tanto más cuanto que no es factible desligar la reforma penal de otras que se producen a la sazón en diversas ramas del ordenamiento jurídico, ni en general de las mutaciones políticas, económicas y sociales que determinaron o acompañaron las del Derecho positivo.

Una segunda dificultad reside en la profundidad y las proyecciones de la reforma penal del Iluminismo. La conocida frase de Carrara de que la obra del período que él denominó “metafísico” en la historia del Derecho punitivo, fue benemérita más como demoleadora de las instituciones antiguas que como creadora de las que habrían de sustituirlas¹, no pasa de ser una generalización. En efecto, aunque no aparezcan desarrollados en sus aspectos más importantes (lo que tampoco es de exigir de los tiempos que se demuestran capaces de generar revoluciones, así en la política y el Derecho, como en el arte y tantas otras parcelas de la cultura), todos los principios rectores del Derecho penal contemporáneo –legalidad, actividad, ofensividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad– fueron formulados o cuando menos enunciados por las fuentes doctrinales y legales de ese período. Cierzo es que resultaría inoperante y falto de perspectiva someter el laborío dieciochesco en materias criminales a las categorías hoy en

¹ *Programma del corso di Diritto criminale. Del delitto, della pena* (Bologna, Il Mulino, 1993, cfr. p. 87 (§ 53, nota 2).

uso para la reconstrucción científica de delito y pena. Pero es también exacto que más de alguna de esas categorías puede encontrar un punto de arranque o un asidero durante la fase más dinámica del siglo en cuestión, como asimismo en la etapa que le siguió, o sea, la de la llamada “Escuela clásica”, con su empeño de llevar hasta sus últimas y lógicas consecuencias las deducciones del individualismo abstracto que tomó de la generación anterior y de desarrollar sistemáticamente los axiomas políticos y jurídicos establecidos por ésta².

Hay todavía un escollo adicional para la empresa. Rivacoba fue un gran conocedor de la historia iuspunitiva y consumado especialista en ese segmento que va desde la crisis de la conciencia europea –deseo aquí servirme de esa locución de Paul Hazard que le era tan grata– hasta los albores del siglo XIX. Expresarse con alguna propiedad acerca de este período y sus repercusiones en lo penal, equivaldría a contar con un bagaje estimable de cogniciones sobre el argumento, que fuesen fruto de investigaciones propias y especialmente centradas en él, cosa que dista mucho de mi personal quehacer como estudioso. Sin embargo, la familiaridad que he cobrado con las creaciones del autor cuyo nombre celebramos hoy creo que me franquea la posibilidad de resumir y comentar aquí su *iter* especulativo en la materia.

A propósito de esto último, he de observar que las contribuciones del siglo del Iluminismo al Derecho penal atraviesan como una preocupación constante –cual hilo de Ariadna– múltiples publicaciones de Rivacoba, tanto aquellas que abordan directamente el tema, como muchas de las que consagró a otros asuntos, pero en las que de todos modos pulsa el *élan* inconfundible de aquella centuria y su legado espiritual. Asimismo, a lo largo de su vida científica Rivacoba no modificó sus apreciaciones fundamentales sobre el quiebre y la superación del Derecho penal del antiguo régimen, sino más bien enriqueció su siempre uniforme lectura de los acontecimientos al calor de las monografías que sucesivamente compuso sobre aspectos o figuras particulares de ese tiempo histórico. De esta rectilínea trayectoria espiritual, proseguida incluso más allá del umbral de la muerte –sus últimos trabajos al respecto han ido apareciendo póstumos–, bien pudiera predicarse lo que Albert Camus escribió alguna vez del artista: que, como creador, expresa siempre una misma cosa, sólo que bajo rostros diferentes³.

² COSTA Fausto, *El delito y la pena en la Historia de la Filosofía* (Traducción, prólogo y Notas de Mariano Ruiz-Funes, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1953), p. 151, tras consignar que “la tradición del iluminismo subsistió todavía como inspiradora de la filosofía del derecho, durante el primer cuarto del siglo XIX”, observa que el fenómeno se dio especialmente en la iusfilosofía punitiva, cuyos máximos representantes, Romagnosi y Feuerbach, “no hicieron más que perfeccionar doctrinas que antes habían conquistado la adhesión universal”, pero también en el imperativo práctico de colocar los nuevos Códigos penales al unisono de los inmortales principios de 1789: “de aquí la tarea esencial de la escuela clásica, que fue la de introducir en el sistema penal las deducciones extremas del individualismo abstracto”.

³ *El mito de Sísifo*, en sus *Obras completas* (Traducción y Prólogo del catedrático doctor Julio Lago Alonso, 2ª ed., Aguilar, Madrid, 1962), II (“Ensayos”), p. 231.

Colocado, pues, en el trance de reproducir sintéticamente cómo se nos presenta el panorama del Iluminismo en su relación con la disciplina de los delitos y las penas según el pensamiento de quien llegó a ser acaso su más enterado estudioso en Hispanoamérica, procuraré atenerme a esas apreciaciones fundamentales, siempre reiteradas a lo largo de su producción, y destacar cómo a partir de ellas Rivacoba creía que el siglo XVIII tiene todavía mucho que enseñar al presente y, es más, que la época en que nos toca vivir no ha acabado aún de ver enteramente cumplidas las aspiraciones de aquél.

II.

En una caracterización general de las Luces y su reforma penal, merece por lo pronto atención que Rivacoba divisa una continuidad o sucesión entre ella y la especulación jurídica del siglo XVII.

Por supuesto, este lazo había sido puesto en evidencia por algunos historiadores del Derecho, como Franz Wieacker⁴ y, en lo que se refiere al Derecho penal, Eberhard Schmidt. La doctrina del Derecho natural –apunta este último en su conocida obra sobre la historia de la Administración de Justicia penal en Alemania– produjo una secularización y racionalización del pensamiento penal, y dio también oportunidad para el desarrollo de la dogmática en el sentido del sistema. Sin embargo, el sello característico de esta escuela lo haría entrar, durante el siglo venidero (cuando el iusnaturalismo, de clásico se torna ya decididamente racionalista), en un período de crisis, por cuanto la nueva era exigía someter todo el Derecho tradicional al tribunal de la razón, y muchas de sus normas e instituciones tenían que salir mal paradas de ese juicio. Era menester cambiar la orientación del trabajo jurídico, o sea, ir desde las preocupaciones *de lege lata* a los afanes *de lege ferenda*, pasar desde la conservación del Derecho vigente a una radical superación de sus elementos estructurales⁵.

Pues bien, en su estudio sobre *Los iusnaturalistas clásicos y el pensamiento penal*⁶, Rivacoba discierne en el de Grocio, Hobbes, Pufendorf y Locke “algunas constantes [...] que adelantan como *in nuce* las ideas que van a prevalecer en la opinión dieciochesca y a mover los cambios que se producirán, o empezarán a

⁴ A propósito de lo que denomina “el enlace del Derecho racionalista con la Ilustración” y del común origen de ambos, que llevó al segundo a atacar “las rancias situaciones y privilegios sociales, la falta de libertad personal, las divisiones estamentales y religiosas, las vinculaciones de los disfrutes fundiarios y de la propiedad”, dice este autor que “a medida que se secularizaba el pensamiento, racionalizábanse estos estímulos éticos y establecían su oposición contra lo histórico y, por ende, contra lo variado y contingente, por su pretensión de una razón expresada en forma de leyes. Este racionalismo ético es el elemento que vincula la Ilustración y el Derecho racionalista”. *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* (Traducción del alemán por Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957), pp. 277 - 279.

⁵ *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (3ª ed., Göttingen, Vanderhoeck & Ruprecht, 1995), pp. 212 - 215.

⁶ Citado aquí según la Tirada aparte del volumen *Estudios en memoria de Jorge Millas*, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social 2 (Valparaíso, 1984).

producirse, en tal época⁷. Del contractualismo reinante entonces y la finalidad preeminente del estado de agregación social –procurar seguridad a todos, o como sentencia Locke en su *Epístola de tolerancia*, de 1685, preservar y asegurar a la generalidad del pueblo y a cada individuo en particular, mediante la imparcial aplicación de leyes justas, la justa posesión de aquellas cosas que pertenecen a su vida⁸ –, así como de la formación del capitalismo y la consolidación de la burguesía, proviene en opinión del maestro español la preferencia por la prevención general como fin de las penas, que los *éclairés* adeudan al clima espiritual del siglo precedente. Brindan de esto rotunda confirmación las argumentaciones vertidas por aquéllos acerca de la pena de muerte, por unos rechazada y otros admitida, mas siempre sobre la base de consideraciones de preservación de la sociedad civil y, en definitiva, prevención general –de paso, nótese que la única y rara excepción a esta tónica, entre los personajes más representativos del Iluminismo, fue Manuel de Lardizábal, cuya teoría penal, que con miras más amplias combina fines diversos y concede especial realce a la corrección del delincuente, no representa, en palabras de Rivacoba, el pensar general de la época⁹ –. Por otra parte, ésta retoma y ahonda en lo penal el sesgo secularizador de instituciones y normas jurídicas, sobre los moldes racionalistas adelantados ya, especulativamente hablando, en los albores del Siglo de las Luces. Pero en la segunda mitad de éste había sonado la hora de acrisolarlos en el candente terreno de los hechos políticos y las reformas concretas de la legislación. La separación de delito y pecado, la distinción entre Derecho y moral, el abstraer a la autoridad de los magistrados los vicios y el fuero interno de los individuos, en suma: la garantía de la libertad de conciencia, todo esto “repercutirá con fuerza decisiva en la mentalidad y las mutaciones del siglo XVIII y contribuirá a perfilar en sus rasgos esenciales el Derecho punitivo moderno y liberal”¹⁰.

Tal repercusión no podía sobrevenir de una sola vez, como un hecho fulminante, sino en el marco de un proceso, que, sin embargo, fluye en el arco de pocas décadas y con creciente intensidad y empuje. Rivacoba divide las Luces en dos periodos, la Ilustración y la Revolución, del mismo modo que en otras latitudes se ha hablado de un *Iluminismo riformatore* y un *Iluminismo rivoluzionario*. Nuestro autor, sin embargo, los concebía no tanto como etapas en sentido cronológico, con sus correspondientes sucesos sociales y políticos, mas como hechos del pensamiento, como lapsos en sentido cultural, que se producían, pues, en el plano de las ideas, imbricándose entre sí con múltiples influjos, con sus correspondientes *corsi e ricorsi*, por lo cual “en ocasiones no resulta sencillo

⁷ *Ibidem*, p. 31.

⁸ *Ensayo y Carta sobre la tolerancia* (Traducción y prólogo de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1999), p. 66.

⁹ Cfr. su Estudio preliminar *Lardizábal o el pensamiento ilustrado en Derecho penal* (con la colaboración de José Luis Guzmán Dalbora), al *Discurso sobre las penas contraído á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma* (Vitoria - Gasteiz, Ararteko, 2001), pp. (xi - cxvii).

¹⁰ *Los iusnaturalistas clásicos y el pensamiento penal*, cit., p. 32.

situar con precisión en uno de ellos a ciertos personajes o sus producciones o se observa que un mismo personaje oscila o evoluciona entre la moderación ilustrada y el desenfreno revolucionario¹¹. De lo último puede servir como ejemplo Karl Ferdinand Hommel, que comenzó su *cursus honorum* como catedrático nada menos que de un anquilosado y conservador Derecho feudal, para convertirse después en el jubiloso presentador al público alemán de la “inmortal obra” del marqués de Beccaria (así la adjetiva en el título de su versión) y ser calificado por la suya como *germanorum Beccaria*¹². Y, en el campo del arte y la literatura, es de todos conocido el movimiento en sentido inverso que emprendió Schiller, honrado en 1792 por la Asamblea con la ciudadanía francesa a raíz del encendido tono libertario de su drama *Don Carlos*, que piensa incluso viajar a París para agradecer personalmente el galardón, y que más tarde protesta y reniega de la Revolución al ser aprehendido y ejecutado Luis Capeto.

No obstante estas superposiciones y cambios de marcha, Rivacoba traza un amplio abanico de criterios para diferenciar a ilustrados y revolucionarios, de acuerdo con los condicionamientos políticos, sociales, jurídicos y hasta artísticos y literarios de entrambos grupos. No he de extenderme ahora sobre estos pormenores, que él mismo resume en la plástica contraposición de neoclasicismo y prerromanticismo¹³. Por lo demás, donde de veras se nota el punto en que dichos grupos se divorcian irremediabilmente, es en plano de las concepciones políticas y la diversa manera en que unos y otros entendían que había que llevar a cabo las reformas. Los *Aufklärer* fueron los moderados consejeros o asesores del despotismo ilustrado; permanecen apegados a y aprueban la estructura social y política de la monarquía absoluta, de la cual debían provenir las reformas para el beneficio y la felicidad de los súbditos, o sea, de arriba hacia abajo. Muy lejos de ese comedimiento –observa Rivacoba–, “los revolucionarios no podían contentarse sino con reformas radicales”¹⁴, que habrían de tener como principal artífice al propio pueblo, yendo de abajo hacia arriba. Un genuino representante del pensamiento penal revolucionario, Robespierre, expresó esta idea siendo muy joven –tenía veinticinco años– en su célebre *Discurso* sobre la trascendencia y la personalidad de las penas. Allí se lee: “No soñemos en moderar el uso de nuestras fuerzas, cuando debiéramos desplegarlas todas con el máximo de energía. Desterremos todos estos vanos escrúpulos, librémonos de todas estas ataduras y marchemos con paso firme hacia la ruina del prejuicio”¹⁵. Acaso estas opuestas actitudes no representen sólo una característica de la época que comentamos, y

¹¹ Lardizábal o el pensamiento ilustrado en *Derecho penal*, en op. cit., pág. lxxv.

¹² SCHMIDT, cit., pp. 219 - 220.

¹³ Véase, en particular, su estudio *La reforma penal de la Ilustración*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 5 (Valparaíso, 1987): *Teoría general del Derecho, Lógica e Informática* jurídicas, pp. 15 - 17.

¹⁴ *Ibidem*, p. 16.

¹⁵ Recojo la cita de la versión castellana del *Discours*, con Prólogo y Notas del mismo Rivacoba, que quedó inédita al morir éste, a finales de 2000, y que, atesorada por mí desde aquella fecha, confío en hacer publicar tan pronto como sea posible.

se eleven a una verdadera constante histórica, sea cual fuere el propósito de las transformaciones que se busque producir.

III.

Ahora bien, la reforma del Derecho penal en el siglo XVIII nació y culmina bajo el signo de la utilidad, que se nos descubre tanto en los ilustrados como en los revolucionarios (Voltaire y Marat, por ejemplo, son de cita obligada como figuras típicas). Pero la utilitaria no fue la única idea que le sirvió de inspiración. “Bajo este utilitarismo –enseña Rivacoba– yace un indudable y no menos importante fondo ético”¹⁶. La dignidad eminente del hombre y el sentido moral de las principales instituciones políticas y jurídicas, están en la base de esa reforma y, más en general, son todavía hoy raíz y tronco de los ordenamientos occidentales. Este es un momento en que se percibe con claridad la necesidad de que moral y política marchen juntas, o dicho de otra manera, que la actividad política esté inspirada por un sentido ético, respetuoso de los rasgos que definen la individualidad del hombre y de los fundamentos resultantes para la convivencia humana. Vienen aquí espontáneos a las mentes, primero, el pasaje en que Beccaria expone en términos bastante precisos la esencia de la dignidad humana –“no hay libertad donde las leyes permiten que en determinadas circunstancias el hombre deje de ser *persona* y se convierta en *cosa*”¹⁷– y, en seguida, aquel fragmento en que fulmina la vergonzante práctica de conceder premios o la franca impunidad al delincuente que descubre a sus compañeros de consorcio criminoso, porque –sentencia el milanés– las sacrosantas leyes penales deben ser un monumento de la confianza pública y base de la moral humana, y no pueden por tanto autorizar la traición y el disimulo¹⁸. En el respeto de los humanos lazos de lealtad, aun a propósito de los delgados hilos, tan fáciles de quebrarse, de los vínculos que unen a los pillos –como dice Schiller de sus *Räuber*¹⁹–, encontramos una ulterior prueba de la acentuada sensibilidad de aquella centuria y de su imagen del hombre sobre el cual el Derecho se propone intervenir penalmente.

Esta orientación de fondo determina también los grandes principios de la reforma en cuestión, lo mismo en lo penal que en los procedimientos criminales.

¹⁶ *La reforma penal de la Ilustración*, cit., p. 23.

¹⁷ *Dei delitti e delle pene*. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento (A cura di Franco Venturi., 3ª ed., Torino, Einaudi, 1973), p. 50. Cfr., asimismo, RIVACOPA, op. últ. cit., p. 23, con citas de Guido de Ruggiero y Piero Calamadre, quienes resaltan cómo Beccaria se anticipó con esto al imperativo categórico de Kant.

¹⁸ Op. et ed. cit., cfr. p. 90. Sobre este pensamiento, véase RIVACOPA, *Un discípulo español de Beccaria, desconocido en España*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6 (Madrid, 1996), pp. (953-1068) 989-990, donde lo contrasta con el opuesto criterio de ese discípulo, a saber, Valentín Tadeo de Foronda y González de Echávarri.

¹⁹ *Los bandidos* (Traducción de Desiderio Corchon. Biblioteca Universal, Colección de los mejores autores antiguos y modernos, nacionales y extranjeros, tomo XL, Madrid, 1888, según la cubierta, 1878), p. 125 (Acto cuarto, escena VIII).

Rivacoba resume las demandas principales de la Ilustración y la febril actividad de la Revolución en tres postulados, a saber, la consagración de la legalidad de delitos y penas como axioma, la reducción del catálogo de infracciones y la mitigación de sus consecuencias coactivas²⁰. Pero tales postulados sugieren al entendimiento algo más que una resonancia de interés exclusivamente penalista. Aquí están encapsulados también los rudimentos del moderno Derecho político y del Estado de Derecho: la concepción liberal de la vida de relación; su forma exterior democrática; el sometimiento de los poderes públicos a un estatuto fijo y general, que rige, ante todo, la propia actuación estatal. Sólo al final, coronando la sede donde expuesto queda el hombre a las mayores restricciones en sus bienes jurídicos más importantes, aparece la configuración de un sistema penal respetuoso de la libertad exterior e interna del hombre, y celoso custodio de su seguridad. El daño público y la culpabilidad de su autor como rasgos constitutivos del delito, que las penas se proporcionen a tales elementos, la prontitud de la intervención del magisterio penal y la humanización del aparato punitivo en su conjunto, son los medios que enuncia el siglo XVIII para articular concretamente ese sistema, en un abanico de principios que conservan plena validez hasta el día de hoy.

Quedó dicho que esa reforma no se limitó a lo sustantivo; abarcó también y con especial énfasis lo procesal. La racionalización, que es humanización, del proceso penal ofrece múltiples puntos de convergencia para ilustrados y revolucionarios, produjo una honda modificación en la materia y, sobre todo, posee en sentir de Rivacoba un valor perdurable y entraña un estímulo todavía no satisfecho cabalmente en la actualidad²¹. Él nos recuerda que la Ilustración alumbró, con Montesquieu y Kant, el viejo *desideratum* de la separación de los poderes del Estado con una neta fundamentación del significado político y el sentido ético de la independencia del Poder judicial²²; que a los revolucionarios se ha de agradecer la publicidad de los juicios, la proscripción de las acusaciones secretas, la condena de esos infames satélites –la expresión es de Marat– que disfrazados de malhechores tienden asechanzas a los acusados, la limitación y humanización del encarcelamiento preventivo de los procesados; que, prescindiendo de sus poco definidos y en todo caso episódicos antecedentes históricos, esta es la época que establece como un dogma el principio de inocencia; la que elimina la exigencia del juramento en las declaraciones de los acusados y las pruebas privilegiadas; que condena unánimemente el abominable empleo de la tortura como recurso para arrancar confesiones o delaciones, y procura reducir a proporciones aceptables el valor de la confesión como medio probatorio; que pone fin en Europa a ese bárbaro y detestable abuso de la talla, o sea, la facultad concedida por la ley de matar impunemente y con la promesa de un premio a ciertos reos

²⁰ *La reforma penal de la Ilustración*, cit., pp. 23 - 25.

²¹ *Ibidem*, p. 27.

²² *Fondo ético y significación política de la independencia judicial*. Tirada aparte del volumen en Anuario de Filosofía Jurídica y Social 9 (Valparaíso, 1991): *Derecho y Política*.

en rebeldía, etc. –sería largo enumerar uno a uno el plexo entero de los miembros que componen la reforma–²³.

IV.

Rivacoba estudió monográficamente un crecido número de representantes del movimiento reformador, e incluso se dio el trabajo de editar o reeditar, en cuidadas y elegantes versiones, sus obras penales: Lardizábal²⁴, Forner²⁵ y Foronda²⁶, entre los españoles; Marat²⁷ y Robespierre²⁸, del mundo de lengua francesa, y Pietro Verri²⁹, alma, nervio y líder indiscutido de la Ilustración lombarda. Intentaré a continuación una sinopsis de los principales juicios del antiguo catedrático en Valparaíso acerca de algunos de esos personajes.

Lardizábal es con toda seguridad el que más ocupó su atención. Le sirvió de argumento para el primer libro que redacta sobre estos temas, una breve pero densa monografía aparecida en 1964³⁰, y, transcurridos treinta y cinco años, para el Estudio preliminar a la finísima y al presente mejor edición del *Discurso sobre las penas*, que se publica a principios de 2001 en el País Vasco, pocas semanas después de que la muerte arrebató a aquél la pluma con que se aprestaba a ultimarla³¹.

El *Discurso* lardizabaliano parece “la obra más representativa, es decir, la obra por excelencia, del pensamiento penal de la Ilustración”³². Argumenta con lujo de detalles en contra del tradicional paralelismo y la pretendida proximidad entre Lardizábal y Beccaria, dos autores en verdad muy diferentes por formas, maneras, contenido y, sobre todo, significación. Que el hispanomexicano no lograra –y en verdad no hubiera podido alcanzar– ni por asomo la fama de que disfrutaría el lombardo, en modo alguno amengua el orden, rigor y los méritos

²³ *La reforma penal de la Ilustración*, pp. 27 ss.

²⁴ Véase, *supra*, la obra citada en nota 9.

²⁵ Juan Pablo FORNER, *Discurso sobre la tortura* (Prólogo, edición y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, Edeval, 1990: Colección “Juristas perennes”, 9).

²⁶ Véanse, más arriba, el artículo citado en nota 18, como también *Aspectos penales en la obra de Foronda* (Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, Comisión de Bizcaia, Colección “Lanak”, 22, Bilbao, 1997), y *Últimos escritos penales de Foronda*, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (Coedición de las Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Cuenca, 2001), I, pp. 569 - 577.

²⁷ MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal* (Estudio preliminar sobre *Marat o el pensamiento revolucionario en Derecho penal* por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Hammurabi, Colección “Criminalistas perennes”, 3, Buenos Aires, 2000).

²⁸ Recuérdese lo explicado más arriba, texto y nota 15.

²⁹ *Observaciones sobre la tortura* (Traducción, prólogo y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, Depalma, 1977).

³⁰ *Lardizábal, un penalista ilustrado* (Publicaciones del Departamento de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1964).

³¹ Sus datos quedaron consignados más arriba, en nota 9.

³² *Manuel de Lardizábal o el pensamiento ilustrado en Derecho penal*, cit., p. lxxv.

intrínsecos de su creación penalista. No creo que en estas apreciaciones el compatriota que expone su vida y obra se deje llevar por ese punto de orgullo por lo propio a que es a veces propenso el genio español. De hecho, con razón pone énfasis Rivacoba en los atisbos y también realizaciones de Lardizábal. Sean de ello mencionados aquí nada más que dos ejemplos. Primero, la concepción lardizabaliana sobre la culpabilidad, que configura un claro precedente de lo que en nuestro tiempo se conoce con el nombre de principio de culpabilidad y que resulta muy llamativa en un libro consagrado a la pena, antes que al delito y sus elementos³³. Segundo, cómo la caracterización de la pena logra en Lardizábal por primera vez desarrollo y certero ajuste sistemático³⁴, y traza rumbos para las posteriores y grandiosas construcciones de los clásicos, en particular Rossi, Carrara y Berner³⁵. Mas yendo de estas cuestiones particulares a una apreciación de conjunto, Rivacoba nos presenta un cuadro completo de la versada estampa del jurisperito Lardizábal, el discursar racionalista típico de los Ilustrados y el sino trágico de un hombre que, por sobrevivir a su época, no estuvo en condiciones ni en posición de entender y mucho menos de aprobar la del liberalismo en ciernes.

Pasando a rápidas zancadas a la barricada de los revolucionarios, que solicitaron especialmente la atención del Rivacoba de los últimos años, digamos que él procuró redimir a sus con frecuencia vejadas figuras y rescatar en beneficio del conocimiento histórico y para utilidad del presente la no bien conocida obra penal de estos hombres notables.

Contenido y orientación del *Plan de legislación criminal* le mueven a calificar el libro de Marat como la expresión más característica, acabada y paradigmática del pensamiento revolucionario, y a su autor, como un pensador más sistemático y desde luego decidido que, por ejemplo, Beccaria, a quien se suele tener como modelo de tales concepciones. Mas antes de adentrarse en las que sustentó Marat, en su Estudio preliminar a la edición argentina del *Plan*, él dibuja una imagen del *amigo del pueblo* bien distinta de la habitual, que le representa poco menos que como una bestia feroz o un terrorista. Muy por el contrario, un examen más atento y menos interesado de su trayectoria nos descubre a “un hombre plenamente constante y consecuente con sus ideas y su conducta, de sólida formación humanística y científica, de múltiples y muy variadas inquietudes intelectuales, que poseía una carrera liberal y conoció el éxito profesional, y con él el económico y social, y que sacrificó una posición brillante al estudio y la acción pública, sin obtener ni buscar en ésta recompensa ni bienestar material, de personalidad integérrima y congruente, seguro de sí, sensible y fiel tanto

³³ Idem, cfr. págs. xci-xcii.

³⁴ Idem, cfr. págs. xciv-xcvii.

³⁵ Cfr. ROSSI, *Trattato di diritto penale* (Nuova edizione italiana con note ed addizioni dell'avvocato Enrico Pessina. Società Editrice, Torino, s/f.), pp. 450 - 459; CARRARA, cit., pp. 417 - 429 ;BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes* (17ª ed., Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1895), pp. 178 - 179.

en su vida íntima como en el fragor de las convulsiones revolucionarias”³⁶.

La demostración del férreo apego de Jean Paul Marat a las transformaciones de mayor calado que reclamaban con urgencia las instituciones punitivas, abarca varios aspectos. Primero, su fuente filosófica de inspiración, que es principal y casi constantemente roussoniana. En seguida, la inserción de las ideas penales del *Plan* en un cuestionamiento general de las raíces del poder político y de las relaciones económicas y sociales imperantes a la sazón, sobre las que el publicista de Neuchâtel quiere reobrar con propuestas de avanzadísimo talante, algo que Beccaria no hubiera osado escribir y es probable que tampoco se aventurase a pensar, pero que en Marat asumen una perfecta trabazón interna, siquiera tardasen más de un siglo en acreditar, en la realidad de los hechos políticos, su legitimidad práctica –piénsese, por ejemplo, en sus demandas de reforma agraria, de seguridad social, de protección contra la enfermedad y a la vejez, de la igualdad de los hijos, de la mejora de la posición jurídica de la mujer, del derecho de los pueblos a fiscalizar a sus gobernantes y a no someterse a las órdenes injustas de sus funcionarios–. En fin, la total aversión de Marat a la pena de muerte, su razonada defensa de la igualdad de los hombres ante la ley penal, la forma en que postula el principio de inocencia, la publicidad de los juicios, etc., justifica a mi entender la conclusión de Rivacoba, de que “la obra conforma un cuerpo de doctrina muy completo y bien trabado [...], muy superior en este aspecto a producciones similares de su época acaso más conocidas y mucho más avanzada y terminante que todas, innovadora y audaz, sin dejar de ser prudente ni perder el contacto con la realidad ni de vista lo posible o lo factible, ni entregarse, por ende, a ninguna quimera”³⁷.

La estampa personal de Maximilien Robespierre ha merecido juicios sumamente contrapuestos. También, aunque en una medida mucho menor, su siempre citado pero por pocos leído *Discurso* acerca de la trascendencia y personalidad de las penas, premiado por la Real Sociedad de Artes y Ciencias de Metz en 1784. Hans von Hentig, que escribió una soberbia biografía del abogado de Arrás, pero traza de su persona un retrato muy severo, minimiza el valor del *Discurso* hasta el extremo de decir que no contiene siquiera un pensamiento original³⁸. No obstante, el tema escogido por Robespierre para el certamen al que presentó el pliego era de innegable pertinencia. Una de las lacras del Derecho penal del antiguo régimen era la trascendencia de las penas, o sea, la comunicación de la nota de infamia que las acompañaba, con sus funestos epifenómenos jurídicos y sociales, al grupo familiar del condenado. Es verdad que Robespierre no fue el primero y tampoco el último de los literatos de su tiempo en combatir las penas aberrantes. Pero, cualesquiera que sean las bondades de su libro, a nuestro entender bastante completo y bien construido, ha de convenirse con

³⁶ *Marat o el pensamiento revolucionario en Derecho penal*, cit., p. 13.

³⁷ *Ibidem*, p. 46.

³⁸ *Robespierre* (Prólogo de Eduardo R. Lafora, Santiago de Chile, Ediciones Ercilla, 1936), p. 18.

Rivacoba en que la batalla del autor en pro de la personalidad de las penas resultó, por sus efectos, definitiva, y gracias a ella la Revolución proclamará, en la ley de 24 de enero de 1790, que las penas no deben afectar en su honor ni en su posición pública o privada a los parientes del reo, poniendo término asimismo a la transmisión de la infamia a sus herederos³⁹.

V.

Sería apresurado suponer que la preocupación de Rivacoba por el siglo XVIII fuese la del erudito que se recrea o complace en cosas antiguas. Era él demasiado realista y, además, hombre demasiado interesado en las cuestiones de política jurídica, para enfrascarse en discusiones carentes de valor actual y ajenas a las relaciones de poder, a cuya substancia el Derecho penal, parte esencial en las estrategias del Estado, debe sus concretos sentido y configuración.

Es en extremo elocuente de esta manera de ver, o sea, del afán de aprovechar para el presente los monumentos de aquel pasado que más gravita sobre nosotros, el que Rivacoba hace publicar la edición castellana de las *Observaciones sobre la tortura* en 1977, cierto es que al cumplirse el bicentenario de su composición por Verri, pero también durante unos años aciagos en los cuales la aplicación a gran escala del tormento en Iberoamérica –especialmente en Chile, país de residencia del profesor español, y la Argentina, donde aparece el libro– constituía una espantosa realidad. La contraposición conceptual que él diseña en el Prólogo⁴⁰ entre la tortura como medio de averiguar hechos y arrancar confesiones –en lo que radicó su fin al interior del procedimiento penal previo a la Revolución–, y la aplicada al margen de todo juicio, como medio de intimidación y de persecución de adversarios políticos, por parte de regímenes de siniestra y fresca memoria, forma parte del esfuerzo personal de nuestro autor por vivificar el presente del Derecho, y mejorar su contenido y aplicación, a partir del conocimiento de su historia, pues el último miserable procedimiento de terrorismo de Estado es acaso peor que la también ignominiosa tortura de antaño, que tantas fatigas y hasta vidas costó desterrar.

En particular, la comprensión del Derecho punitivo actual y de los principios que el criminalista emplea en la resolución de sus problemas técnicos, tiene como supuesto ineludible las bases liberales en que aquél descansa, y éstas las debemos al Iluminismo. Pasarlo de algún modo por alto equivale a cometer un error que puede ser fatal. Préstese oídos a la admonición de Rivacoba: “Cuando se desconoce el pasado o se le ha olvidado, se está condenado a vivirlo otra vez”⁴¹. En ninguna otra rama del Derecho como la penal los principios consa-

³⁹ FRANCISCO BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Lardizábal. El primer penalista de América española*. (México, Imprenta Universitaria, 1957), p. 109.

⁴⁰ Cfr. págs. xxxiv ss., pero también el Prólogo al *Discurso sobre la tortura*, de FORNER, cit., p. 32, y el estudio *Crisis y pervivencia de la tortura*, en el libro misceláneo de RIVACOBIA, *Nueva crónica del crimen* (Valparaíso, Edeval, 1981), pp. (163-185) 170.

⁴¹ Prólogo a las *Observaciones sobre la tortura*, cit., p. lii.

grados por el siglo XVIII conservan más validez y cálida humanidad. Por eso, no es de extrañar que en las actuales e inquietantes tendencias expansivas del *ius puniendi*, se haya deslizado la afirmación de que nunca existió un Derecho penal liberal⁴², que lo que por él se entiende no pasa de ser una invención nacida de la mente fabuladora de quienes se empeñan en defenderlo ante los embates que hoy lo amagan. No es de extrañar; pero sí debe preocuparnos.

Así, Rivacoba. Fue siempre su opinión que cuando quiera que nuestro tiempo se ha apartado o ha negado o desfigurado los principios cardinales del sistema político y la organización social que alumbró el liberalismo, pues se ha entregado también a desvaríos o sumido francamente en el horror⁴³. No podemos ni debemos tratar de paralizar la historia. El mundo de hoy no es el de fines del siglo XVIII. Pero lo que no ha cambiado y, antes bien, puede ser objeto aún de mejora y complemento, es el contenido fundamental de sus principios. Hacerlos cada vez más efectivos, ponerlos cada vez mejor en práctica, afinar cada vez más el sentido de lo humano en la concepción jurídica del hombre, armonizar progresivamente el Derecho penal a ese perfeccionamiento, representaban para don Manuel un deber moral para todos nosotros⁴⁴.

[Recibida el 13 y aceptada el 30 de abril de 2005].

⁴² Por ejemplo, entre los penalistas españoles, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, en el capítulo *La imposibilidad de "volver" al viejo y buen Derecho penal liberal* de su libro *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed., revisada y ampliada, Madrid, Civitas, 2001), pp. 149 - 162, cfr. especialmente p. 149.

⁴³ Sobre lo cual hay que consultar, asimismo, en la bibliografía brasileña, Luiz LUISI, *Filosofia do direito. Ensaio* (Porto Alegre, Fabris, 1993), pp. 97 - 102 ("O Iluminismo e o direito brasileiro"), especialmente p. 102; EL MISMO, *Os princípios constitucionais penais* (2ª ed., revista e aumentada, Porto Alegre, Fabris, 2003), pp. 310 ss. ("Do Iluminismo à crise contemporânea do direito"); y Nilo BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. (Rio de Janeiro, Revan, 1990), especialmente pp. 65 ss.

⁴⁴ Prólogo a las *Observaciones sobre la tortura*, cit., pp. l y li.