

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1987

TEORIA GENERAL  
DEL DERECHO,  
LOGICA E  
INFORMATICA  
JURIDICAS



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



1987 / ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

1987

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 5  
1987

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso

©  
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual  
bajo el número 69.474

Diseño gráfico: Allan Browne E  
Impreso en  
EDEVAL

Errázuriz 2120, Valparaíso.

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1987

## TEORIA GENERAL DEL DERECHO, LOGICA E INFORMATICA JURIDICAS

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(1987 - 1989)

Antonio Bascuñán Valdés, Mario Cerda Medina, Jorge Cornea Sutil, Gonzalo Ibáñez Santa María, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Jaime Williams Benavente.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social fue fundada en Valparaíso en 1981, como Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que data, por su parte, del año 1909.

Nuestra sociedad aspira a reunir a todos quienes, en Chile, enseñan, investigan o promueven la Filosofía del Derecho, la Filosofía Social y otras disciplinas afines. Cuenta en la actualidad con un número de socios superior a cincuenta y su Directorio, por el período 1987 - 1989, está integrado por los profesores Antonio Bascuñán, Jaime Williams, Nelson Reyes, Mario Cerda, Jorge Correa, Juan Enrique Serra, Gonzalo Ibáñez, Fernando Quintana y Agustín Squella.

Por su parte, el actual Comité Directivo de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, elegido en 1987, está integrado por Alice Erch-Soon Tay (Australia, presidenta), por los vicepresidentes Aulis Aarnio (Finlandia), Dzhangir Kerinov (Unión Soviética), Ota Weinberger (Austria), Carl Wellman (Estados Unidos), y por los consejeros Eugenio Bulygin (Argentina), Kálman Kulcsár (Hungría), Adam Lopatka (Polonia), Nicolás López-Calera (España), Neil MacCormick (Escocia), Werner Maihofer (Alemania Federal), Karl Molinau (República Democrática Alemana), Enrico Pattaro (Italia), Agustín Squella (Chile), Ton-Kak Suh (Corea), Francois Terré (Francia) y Mitsukuni Yasaki (Japón).

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social ha editado, desde 1983 a la fecha, cinco números de su Anuario, que han sido titulados, respectivamente, *La filosofía del derecho en Chile*, *Estudios en memoria de Jorge Millas*, *Filosofía, derecho y sociedad*, *Antología de filosofía jurídica chilena del siglo XIX* y *Teoría General del derecho, lógica e informática jurídicas*.

Por otra parte, la misma sociedad viene realizando, desde 1982, diversas jornadas de estudio destinadas al análisis y discusión acerca de los contenidos y finalidades de algunas modalidades del conocimiento jurídico, tales como Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho, Sociología Jurídica, Teoría General del Derecho y Lógica e Informática Jurídicas. La última de estas jornadas tuvo lugar en 1987 y estuvo dedicada a la Antropología Jurídica.

Los trabajos presentados en cada una de tales jornadas han sido publicados en los distintos números del *Anuario de Filosofía Jurídica*

y *Social*. El presente N° 5, correspondiente a 1987, reproduce por su parte los trabajos presentados en dos de estas jornadas, a saber, las que estuvieron dedicadas a Lógica e informática jurídicas (abril de 1986) y a Teoría general del derecho (diciembre de 1986). Los trabajos que sirvieron de base a estas dos últimas jornadas fueron preparados, respectivamente, por Manuel Manson y Antonio Pedrals. En cuanto a las restantes jornadas, los trabajos fueron presentados por Antonio Bascuñán (Introducción al Derecho), Mario Cerda (Filosofía del Derecho) y Edmundo Fuenzalida (Sociología Jurídica).

La Sociedad espera publicar en un número próximo de su Anuario el trabajo del profesor Carlos Aldunate, que sirvió de base a la jornada de estudio sobre Antropología Jurídica.

En cuanto al *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6, de 1988, estará dedicado, en su parte principal, a difundir una antología de filosofía del derecho chilena de la primera mitad del siglo actual, preparada por Manuel Manson.

Los mencionados números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser adquiridos en la librería *Andrés Bello*, de Santiago, o bien ser solicitados a la casilla 211-V de Valparaíso. A esta misma casilla deben enviarse los trabajos que sus autores deseen publicar en números futuros de esta misma publicación.

#### LOGICA E INFORMATICA JURIDICAS \*

---

\* Se reproducen a continuación los trabajos de Manuel Manson, Ismael Bustos, Eduardo Hajna y Sonia Doren, presentados en la jornada de estudio sobre Lógica e Informática Jurídicas, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, el 19 de abril de 1986, y que fue organizada por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

ESTUDIOS

VI.— *Ver y oír desde los derechos humanos*

Una crucial investigación es la reunión de información sobre la práctica de los sistemas penales. Ahora se trata de ver y oír en clave de derechos humanos. Esto se hace necesario porque no hay regla para saber cómo se produce, por ejemplo, la selección que lleva a que en la cárcel se queden únicamente los pobres; interesa indagar las eximentes atenuantes y agravantes, no reconocidas legalmente, pero que operan a nivel consciente e inconsciente en el personal de los diferentes estratos del dispositivo penal.

VII.— *Nota final*

Para quienes creemos en general en la democracia como forma de vida, si no queremos abordar estos temas desde una pura dimensión política contingente y, lo más importante, desde un modelo de pensamiento todavía no bien desarrollado en estos aspectos, es urgente iniciar una producción en este sentido.

La relación de la democracia con el derecho penal, y de éste con los derechos humanos, no tiene todavía un lugar privilegiado entre nosotros, al menos en Chile<sup>11</sup>. Esto da lugar a una politización mecánica e improvisada que poco contribuye a un tratamiento serio del tema.

A mi entender, la idea liberal que funda varias instituciones penales no está en contradicción con un Estado Democrático de Derecho como la forma institucional de una sociedad democrática. Aquí están contenidas preguntas demasiado importantes acerca de la sociedad que queremos y de cómo la imaginamos cuando llega tan cerca del individuo.

<sup>11</sup> Digo en Chile, porque se debe dejar constancia de los trabajos de los profesores, en el exilio, en especial, Juan Bustos, Eduardo Novoa y Sergio Politof.

## LA REFORMA PENAL DE LA ILUSTRACION \*

MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA

I. Es un alto honor que aprecio y agradezco en cuanto vale intervenir en los actos de clausura —a lo menos, por el año 1987— del cincuentenario del Instituto Chileno de Ciencias Penales, corporación benemérita por su dedicación precisamente a las *disciplinas criminales* —como hoy parece preferible decir— y también por la emoción liberal que siempre la ha animado. Y constituye una inmensa satisfacción para mí hablar en una sala que lleva el nombre preclaro de don Luis Jiménez de Asúa.

II. El tema que nos congrega esta tarde no tiene mero carácter arqueológico, de recreo en las antigüedades jurídicas por las antigüedades mismas y que se preste para hacer un alarde de erudición, sino que ofrece un interés histórico y debe servir o aspira a servir de medio de comprensión. A diferencia de lo que ocurre en el mundo de la naturaleza, cuyo conocimiento lo explica por sus causas, el conocimiento de una entidad cultural no es explicativo; consiste en una comprensión, esto es, en su consideración histórica, contemplándola —como en el *theorein* griego, de donde proceden el concepto de *teoría* y asimismo la palabra— en su devenir en el tiempo y poniéndola en contacto, o, lo que viene a ser igual, entendiéndola, comprendiéndola, por los cambios que repercuten en ella de las más diversas manifestaciones del valorar y del hacer humano. Al fin y al cabo, el Derecho

\* Reconstrucción, anotada, de la conferencia que el autor pronunció en el Instituto de Ciencias Penales, de Santiago de Chile, el 15 de diciembre de 1987, coincidiendo casualmente con el vigésimo aniversario de su incorporación a dicha entidad. Al publicarla, se dedica a la memoria de dos laboriosos penalistas españoles que acaban de morir, los profesores doctores Manuel López-Rey y Arrojo, y José María Rodríguez Devesa.

no es más que un aspecto, un *fenómeno*<sup>1</sup> de cultura, y de ahí, que su comprensión requiera o se beneficie de tener en cuenta todas o las más diversas dimensiones de ésta; y, por lo demás, nuestro Derecho, como el de ayer o el de mañana, no es sino un momento de un fluir incesante, que se origina en los que le preceden y origina, a su vez, los que le siguen.

III. Esto posee especial aplicación al siglo XVIII, pues, como tiene dicho un elegante historiador de la cultura que lo conoce perfectamente, "herederos recargados, la Antigüedad, la Edad media, el Renacimiento pesan sobre nosotros; pero somos los descendientes directos del siglo XVIII"<sup>2</sup>. Yo mismo escribí de él, hace unos años, que "es poco decir que está cerca de nosotros o que está en nosotros. Eso acaso ocurra con todo tiempo pasado, y, singularmente, con algunos períodos, pero nuestra vinculación con el siglo XVIII es diferente, es fundamental y vital. Somos su obra, el entramado de nuestro mundo descansa sobre las ideas y principios que él alumbró, por él y en él alentamos, somos y vivimos"<sup>3</sup>. Y, refiriéndose a una figura que los penalistas podemos y debemos considerar epónima de la época, Calamandrei dijo que "Cesare Beccaria no ha cumplido todavía enteramente su misión, no ha comenzado todavía a ser un antiguo"<sup>4</sup>. Quizá cuanto significa el siglo XVIII, lejos de ser nunca antiguo, de pasar a ser nunca un pretérito ajeno y remoto, conserve permanentemente presencia y coetaneidad, mientras la humanidad distinga de las cosas y respete por encima de todas ellas al individuo humano y se esfuerce por ajustarse en su organización y su vida en común a la concepción liberal de que hoy nos enorgullecemos como la más imbuida de substancia moral que hayan elaborado las mentes y sentido los corazones.

1 O sea, recurriendo otra vez a las raíces, de *phaino*, *phéno*, manifestación.

2 Paul Hazard, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, traducción de Julián Mariás, Madrid, Guadarrama, 1958, p. 15.

3 Rivacoba, *Prólogo* a su traducción de las *Observaciones sobre la tortura*, de Pietro Verri, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. L.

4 *Advertencia a la segunda edición* de *Dei delitti e delle pene*, de Beccaria, Firenze, Felice Le Monnier, 1950. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958, p. IX.

IV. Todo lo cual tiene una particular resonancia *hic et nunc*, para el Derecho penal del presente. Se observa en él una decadencia del ímpetu dogmático, la construcción dogmática se encuentra como en un estado de reposo y se advierte su insuficiencia para el espíritu crítico y el afán de mejoramiento (que en el Derecho penal no puede ser sino humanización) de la realidad penal. Por supuesto, el estudio y dominio del Derecho punitivo empieza por la dogmática, pero no puede satisfacerse ni quedarse en la dogmática, ni ésta propiamente lo es si no culmina en la política criminal. En lugar, pues, de por la dogmática, y sin menospreciarla, se siente en la actualidad un prevaleciente interés políticocriminal, se trabaja con ahínco en la reforma de nuestro Derecho y se la mira como una necesidad imperiosa; lo cual constituye un punto más de congruencia con el espíritu crítico que caracterizó al siglo XVIII y con el concepto que de éste tenían los propios hombres de la época, incluso antes de que comenzara la centuria: "Siamo nel secolo dei censoristi", decía Gregorio Leti todavía en 1634, y "We live, it seems, in a fault-finding age", Aaron Hill ya en 1709. En el anhelo de renovación y mejora que últimamente se ha extendido y hoy nos mueve, cabe percibir cierto eco del sentido augural e inaugural que animó a las almas en el setecientos, y que plasmó muy bien Chastellux en esta frase de su obra *De la félicité publique*, de 1772: "Vosotros, los que vivís y sobre todo los que comenzáis a vivir en el siglo XVIII, felicitaos".

Es, así, de singular oportunidad considerar *la reforma penal de la Ilustración*, reforma, por cierto, de las más importantes en un siglo de reformas, y puede constituir buen incentivo para ello el haberse cumplido hace poco el bicentenario del cuerpo legislativo, en lo criminal, más característico y citado de aquel tiempo: la *Reforma de la legislación criminal toscana*, que dio el archiduque Pedro Leopoldo en Pisa el 30 de noviembre de 1786. Sin embargo, citar no significa necesariamente conocer, y esto ocurre con tal código, cuyas ediciones, como dice Carlo Paterniti al presentar una nueva y comentarlo en 1985, "son raras"<sup>5</sup>. Antes de la suya ya existía contemporáneamente una excelente en la magnífica que hizo Franco Venturi del opúsculo de Beccaria,

5 *Note al Codice criminale toscano del 1786*, Padova, Cadam, 1985, p. 53.

Nos hemos ocupado de esta obra en las revistas *Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, año XII-1987, número 85, pp. 135-136, y *Doctrina Penal*, de Buenos Aires, año 10, número 39, julio-septiembre de 1987, pp. 566-568.



*Dei delitti e delle pene*, con una colección de documentos relativos al nacimiento de esta obra y a su fortuna en la Europa del setecientos<sup>6</sup>; pero no por ello deja de ser cierto el escaso conocimiento y estudio de su texto.

Ahora bien, la recordación de este documento, y con él del Derecho penal de su siglo en conjunto, carecería de sentido para nosotros si no se convirtiese en una proyección.

V. Mas sería erróneo creer, por la importancia que tuvieron y el papel que desempeñaron la razón y la crítica en el siglo XVIII, que fue una centuria exclusivamente crítica; por lo contrario, fue asimismo tenazmente creadora. La razón y la crítica estaban al servicio de una transformación y renovación, o de un propósito de transformación y renovación, desde la raíz a la copa, del mundo y, sobre todo, de la vida. A este respecto, constituyen emblemas muy apropiados de la época dos expresiones de hombres también de aquel tiempo, que señalan tanto su espíritu crítico como su sentido creador. En efecto, Peñalosa habló entonces de "la manía de pensar"<sup>7</sup> y el padre Sarmiento llamó al suyo "el siglo de hacer caminos"<sup>8</sup>.

Luego de más de cien años de luchas religiosas y transcurrido ya medio siglo desde que la Paz de Westfalia puso fin en 1648 a la guerra de los treinta años, con la admisión, más o menos explícita, de la necesidad de convivencia y tolerancia, se vivía en una era de relativa tranquilidad y bienestar y de florecimiento material de Europa, que

6 Torino, Einaudi, 1965, pp. 258-300.

Comentamos tal volumen en la revista *Universidad*, de Santa Fe (Rep. Argentina), 66, octubre-diciembre de 1965, pp. 256-258.

Hasta esta edición de *Dei delitti e delle pene* por Franco Venturi era cierto el aserto de Jiménez de Asúa, de que el mejor texto de Beccaria era el de Francisco P. Laplaza (Buenos Aires, Arayú, 1959) y que ni en la propia Italia se había hecho nada semejante. (Cfr. *Tratado de Derecho penal*, aparecidos 7 vols., tomo I, 3ª ed., actualizada, Buenos Aires, Losada, 1964, p. 256, nota 15 bis).

7 Expresión que en el siglo siguiente, durante la ominosa reacción fernandina de 1814, había de convertirse, en el seno de una Universidad afortunadamente desaparecida, que nadie recuerda sino por este desdichado ejemplo de servilismo y abyección, la Universidad de Cervera, en la conocida frase "lejos de nosotros la funesta manía de pensar".

8 Muestra acabada, como otras que sin dificultad se podría aducir, de que las ideas renovadoras habían penetrado incluso en los claustros.

dio lugar a un florecimiento también de la instrucción y la cultura y a una confianza generalizada entre los círculos más conspicuos e influyentes de la sociedad en la virtud renovadora de lo que con palabras muy de la época se denominó *las luces*. Rápidamente se creó así un público ávido de leer y se produjo un cambio radical en la posición y la consideración social de los escritores, que de vivir a la sombra de la protección displicente y mezquina de los grandes pasan a depender sólo del público, es decir, de la difusión y el éxito que logran sus obras. Justamente en el año, ya citado, de 1709, una ordenanza de la reina Ana de Inglaterra —en Inglaterra tenía que ser— reconoce y regula por primera vez el *copyright*, o sea, los derechos de autor, que todavía hoy designamos con esa palabra inglesa. *Las luces* se constituyen, pues, en el motor para alcanzar la libertad y la felicidad, aspiraciones tan caras que sin tardar el propio poder absoluto se justifica a sí mismo, o trata de justificarse, como el más propicio para fomentar y preservar la libertad y la prosperidad de sus súbditos. Ejemplo feliz es de ello Catalina II, representante característica, hasta extremos poco comunes, de la monarquía absoluta, y también, por otra parte, del despotismo ilustrado, quien, en un razonamiento que no sé si lógicamente es correcto o constituye más bien un paralogismo, pero que es significativo para la comprensión de su pensamiento y la comprensión de la época, justifica la concentración de la autoridad en una sola persona por ser mejor para la libertad estar sometido al poder de uno que al poder de muchos y porque el poder absoluto no dirige sus acciones sino a conseguir y mantener la felicidad máxima. El poder político provenía de lo alto y continúa proviniendo sin limitaciones hasta las transformaciones que trajeron los acontecimientos de los últimos lustros de la centuria; pero este cambio de justificación y de sentido, según el cual su razón de ser y la finalidad de su ejercicio no residen ya en el cumplimiento de designios trascendentes ni en la fidelidad a una tradición o el engrandecimiento de la gloria de una dinastía, sino en el logro de la felicidad y la garantía de la libertad de los súbditos, está preñado de grandes consecuencias. Para quienes no desconozcan la importancia de los fines, y de su mudanza, en todo lo humano —y esto es bien sabido de cuantos se dedican al Derecho—, resulta fácil de comprender que con tal trastrueque de la concepción del poder real quedaba echada y perdida la suerte del *antiguo régimen*. Los nuevos cometidos rebasan con mucho sus posibilidades, no son realizables dentro de la estructura social y la organización política existentes, y requieren trans-

formaciones substanciales en lo social y en lo político, y consecuentemente en lo jurídico, que han de hacerle estallar. Ahora bien, la fuerza motriz de la razón resulta insuficiente para transformaciones tan radicales y enérgicas, con las demoliciones y construcciones que demandaban, y con presteza vinieron en su auxilio al desarrollo y el imperio de los sentimientos y de la Filosofía del sentimiento<sup>9</sup>, con la lógica humanización de las costumbres y su aversión al dolor y al sufrimiento físico. Y con todo ello se provoca una progresiva aceleración del *tempo* histórico. Voltaire decía en 1763 que "presque toute l'Europe a changé de face depuis environ cinquante années"<sup>10</sup>, fenómeno que en lo que falta de siglo se acrecienta y hace vertiginoso.

En este proceso se dibujan dentro de la centuria dos períodos, la Ilustración, o sea, el *Illuminisme* de los franceses, la *Aufklärung* de los alemanes, y la Revolución, que más y antes que un acontecimiento o un conjunto de acontecimientos sociales y políticos es un hecho de pensamiento y se dio en el plano de las ideas. Inmediatamente sucesivos e íntimamente conectados, el segundo proviene y depende del primero, pero a la vez le imprime un impulso y operatividad que no tenía, rompe las limitaciones que lo constituían y configuraban, extrema sus ideas y extrae en el pensamiento y en los hechos las últimas consecuencias de sus postulados y finalidades. Claro es que más que de períodos en sentido cronológico se trata de etapas o fases en sentido cultural, con cuanto el complejo concepto de cultura abarca, y que, por semejante razón, no se dan de manera separada, aunque fuese con contigüidad, en el tiempo, sino que se imbrican, las influencias y los contactos de cada uno con el otro son múltiples, y en ocasiones no resulta sencillo situar en uno u otro de ellos a ciertos personajes o sus obras. Es más, el diferente grado de adelanto a la sazón en los distintos países de Europa hace que la mentalidad, los planes, las empresas de algunos respondan en determinado momento a estadios y perspectivas que otros ya han dejado atrás, pero, por lo mismo, pueden conocer y beneficiarse, para criticarlos o para acogerlos en parte, de los logros que éstos tienen alcanzados. Y, en fin, no hay que perder de vista el que dichos períodos o fases sólo en sus líneas generales son algo homogéneo, pues están llenos de diversidad, contradicciones e incluso,

9 La de Mendelssohn, Lessing, Herder, Jacobi y, naturalmente, Rousseau.

10 *Traité sur la tolerance*, Paris, 1763, chap. IV.

con frecuencia, intereses encontrados. Sin embargo, no por ello dejan de poseer una personalidad definida ni deja de ser hacedero trazar las líneas que los perfilan y diferencian en lo filosófico, en lo artístico, en lo social y en lo político.

En lo filosófico, inspira a los ilustrados, principalmente, la Filosofía de la razón, tributaria del racionalismo continental del seiscientos y que descende la razón de la contemplación y discusión de los graves y abstractos problemas metafísicos a la solución de los problemas concretos y más apremiantes del obrar del hombre y su destino, y, por otro lado, el empirismo inglés, mientras que para los revolucionarios es más importante la Filosofía del sentimiento y se hallan propensos a escuchar de continuo el lenguaje del corazón y a conmoverse hasta las lágrimas. En lo artístico, predomina en aquéllos la medida racionalista del neoclásico, e impulsa con creciente vigor a éstos el prerromanticismo, que se concentra en movimientos como el *Sturm und Drang* (tempestad y empuje), cuya denominación vale por toda una definición y la aventura. En lo social, los unos suelen pertenecer a la nobleza menor, se mueven con soltura en la corte y frecuentan los salones, y son audaces no más que en la esfera del pensamiento, no sobrepasando por lo general las lindes de un prudente teísmo o, a lo sumo, del mero deísmo<sup>11</sup>, en tanto que los otros son profesionales salidos de la burguesía o que proceden de regiones apartadas, en la periferia de sus respectivos países, decididos a no detenerse y a llegar en los hechos hasta las últimas consecuencias. En lo político, resume con mucha concisión y acierto la posición de los primeros la máxima de Turgot, "todo para el pueblo, pero sin el pueblo", el cual es o debe ser, en cambio, para los segundos, el principal actor de la vida pública y sus mutaciones. Si se quiere personificar tales grupos en figuras conocidas, recordemos y contraponamos a Montesquieu y Voltaire, "el amigo de la humanidad", con Rousseau, Robespierre y Marat, "el amigo del pueblo".

Los filósofos —término que mucho se usa y del que no poco se

11 Con raras excepciones, como el materialismo de Holbach (1725-1789), que se libró de persecuciones y desvíos gracias a su título de barón y la afabilidad y largueza con que invitaba y protegía. Pero, en contraposición, piénsese en Helvetius (1715-1771), perseguido por la Iglesia y el Estado y mal visto por sus contemporáneos más insignes, y, sobre todo, en La Mettrie (1709-1751) y su triste destino. El materialismo estaba aún muy distante de la aceptación que iba a tener un siglo más tarde.

abusa en aquellas décadas—, es decir, los ilustrados, los *éclairés*, los *Aufklaerer*, componían el *entourage* de los déspotas ilustrados, fuesen éstos de verdadera capacidad intelectual, como Federico II, o simplemente de buen sentido, como nuestro Carlos III. Muy lejos de su moderación, los revolucionarios no podían contentarse sino con reformas radicales.

Quien trazó un retrato y juicio muy exacto de los ilustrados, y señaló al mismo tiempo la distancia que le separaba de ellos, fue Robespierre, en su magnífico discurso ante la Convención del 18 de Floreal del año II<sup>12</sup>, cuando dijo que en materia de moral fueron mucho más allá de la destrucción de los prejuicios religiosos, pero en materia política quedaron "*siempre por debajo de los derechos del pueblo*".

VI. Esta preocupación y estas actividades constructivas de la Ilustración se manifiestan en los más diversos órdenes de la vida. Unas son de carácter material, ora para inmediato provecho de la comunidad y mejora de sus condiciones de vida, realizando innumerables obras públicas, con preferencia no de índole suntuaria, como edificios para la Administración, caminos, puertos, canales, desecación de marismas u otros terrenos pantanosos, colonización interior; ora con afán filantrópico, creando establecimientos de beneficencia, como hospitales, asilos y hospicios. Otras, de carácter intelectual. Con excepciones, como la de Salamanca en el siglo XVI, las universidades vivían en plena decadencia; desde el mil cuatrocientos habían ido quedando relegadas a un segundo plano, y habían arribado a un verdadero marasmo. La mayoría de las grandes figuras del Renacimiento y de las centurias que le siguieron, se forjan, trabajan y producen su obra al margen de las Universidades. Lo dice todo, al respecto, que en la propia Salamanca del setecientos fuera catedrático nada menos que de matemáticas Torres Villarroel, hartó más conocido por su vida y sus andanzas picarescas que por sus aportaciones a la ciencia de las cantidades y las medidas. Tales casas de estudio no vuelven a adquirir prestancia y a cumplir una función auténticamente rectora de la vida intelectual y nacional hasta corridos ya varios lustros del siglo XIX, con su transformación con Napoleón y la creación de la Universidad de Berlín. Además, tenían a menudo un origen eclesiástico o municipal que las recomendaba poco en una época de intensa secularización y centralización de la vida y del poder.

12 7 de mayo de 1794.

En su lugar, se fundan y proliferan por entonces, bajo la protección real, y constituyen lo genuino del momento, las Academias, cenáculos reducidos donde se reúnen en pequeños grupos y con periodicidad frecuente doctos y eruditos, esto es, los cultivadores más eximios de las diversas ramas del saber en cada país o en cada región, con la exclusiva finalidad de comunicarse y debatir sus hallazgos y sin preocupación alguna ni perder su tiempo en enseñar a estudiantes y preparar profesionales ni en ganarse con ello la vida. Y junto con las Academias los distintos soberanos fundan museos, jardines botánicos y otras instituciones similares. Este esplendor de las sociedades sabias provocó un uso muy eficaz para el estímulo y la formulación del pensamiento de la época sobre numerosos puntos de carácter moral, político o económico, y que contribuyó no poco a su difusión: los concursos que solían convocar acerca de temas concretos de tal naturaleza, ofreciendo un premio para el estudio que, entre los presentados, resultara ganador. Al calor de estas convocatorias se generaron varias de las obras, o, mejor, opúsculos, denominados con frecuencia discursos o memorias, más representativas e importantes de aquel tiempo, algunas de las cuales llegaron a suscitar una verdadera conmoción y hasta revolución en el modo de ver y entender ciertas cuestiones, aunque no siempre las que obruvieron las recompensas fuesen las más valiosas, ya que en ocasiones fueron coronadas por el triunfo algunas que la posteridad recuerda, así como a sus autores, sólo por haber sido galardonadas en certámenes a los que habían concurrido figuras más notables con producciones más notorias. Entre semejantes *chefs d'oeuvre* o *capolavori*, están sin duda en la mente de todos los *Discursos* de Rousseau o, en el ámbito más restringido de lo penal, los opúsculos de Beccaria, de Robespierre, de Brissot de Warville y de Marat.

Otras, en fin, de las preocupaciones y actividades constructivas de la Ilustración eran de carácter jurídico, racionalizando y unificando el Derecho con los primeros códigos, intentando someter por igual a la legislación real todo el reino y a todos los súbditos y terminando o reduciendo las exenciones territoriales (asilos, ordenamientos regionales) y los privilegios (jurisdicciones especiales). En tal tarea reviste significación especial la lucha contra los desafíos y los duelos, que, si bien viene de antiguo, cobra entonces singular importancia, como medio de doblegar definitivamente a la nobleza e imponer sin excepciones la autoridad real.

VII. Se ha objetado nuestra distinción entre Ilustración y Revolución, entre ilustrados y revolucionarios, entre el pensamiento ilustrado y la mentalidad revolucionaria, sosteniendo que el primero es ya revolucionario y que las ideas de los enciclopedistas son acogidas y hechas suyas por la Revolución<sup>13</sup>. Lo cual, hasta cierto punto, es verdad. Existe una secuencia ideal, en las ideas y aun en las aspiraciones. Sin embargo, la diferencia es efectiva, y radica en los supuestos políticos y sociales, entre una concepción de continuidad o bien de ruptura de la estructura social y la organización política; en la actitud y el protagonismo del cambio, concibiéndolo con un criterio paternalista o, en su lugar, como una conquista automanumisora, y en su radicalismo y las consecuencias en que los cambios deben desembocar. Es una diferencia, nada menos, entre que el hombre prosiga siendo un súbdito o se erija en ciudadano.

La Revolución triunfante realizó en plenitud, ciertamente, cuanto había implícito en las pretensiones de los ilustrados, mas con ello desborda por encima de las limitaciones que los habían modelado, los constituían y los contenían. La contraprueba de esta aserción se obtiene no más que con observar la reacción de los ilustrados que, por ser posteriores o más longevos, llegaron a vivir durante los sucesos revolucionarios, con sus azares. Su actitud fue, primero, la de contemporizar; en seguida, intentar someterlos a cauces, enderezarlos, y, al fin, conspirar y esforzarse por aniquilarlos, llegando con frecuencia a perecer en la demanda. Era la puesta en práctica de sus propias aspiraciones, pero exaltadas hasta el infinito y al precio de la quiebra y negación de su propio orden mental y social, en el que se habían formado y se habían movido a lo largo de su vida. Lógicamente, lo congruente hubiera sido adoptar una actitud inteligente, de comprensión y adaptación, en la que los cambios habrían incitado al desarrollo, el progreso y la evolución de las ideas, pero, psicológicamente, lo natural es que se encerrasen en una intransigencia casi instintiva, hecha de desconcierto y oposición. Encapsulados así en su mundo, en un mundo que ya no era, y desconectados de la realidad y del tiempo, su ofuscamiento se traduce en obstrucción a lo nuevo, ciego recurso a la violencia y negación u olvido

13 Cfr. Juan Antonio del Val, *Apéndice* a su edición de *De los delitos y de las penas*, de Beccaria, traducción de Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza Editorial, 1968, p. 191, nota 25.

de su propio pensamiento y de su propia obra, de la trayectoria entera de sus vidas. Y eso, igual en los primeros actores que en los personajes menores de la historia.

Los ejemplos sobran. En un orden general, recordemos a Florida-blanca, el viejo ministro de Carlos III; más próximo al Derecho penal, a Pedro Leopoldo de Hasburgo, que, como archiduque de Toscana entre 1764 y 1790, había sido uno de los déspotas ilustrados más progresivos y avanzados en los diversos campos de la política y la legislación, pero que luego, en el trono imperial desde 1790 hasta 1792, no sólo fue el más encarnizado enemigo de la Revolución francesa, en lo que pudo influir el hecho de ser hermano de María Antonieta, sino que también en lo interno puso fin al gobierno reformador que había llevado su hermano y antecesor José II; y, entre los penalistas, a Manuel de Lardizábal, que adoptó la actitud más sumisa a Fernando VII, lo mismo frente al alzamiento popular español de 1808 que frente al de 1820, y le sirvió con la mayor lealtad en su política reaccionaria y represiva, llegando a formar parte en 1814 de una comisión de depuración de funcionarios, no obstante haber sufrido persecución en la etapa antiilustrada de Godoy.

Habría sido de ver cómo hubiera reaccionado Federico II, asistido y aconsejado por Voltaire, si uno y otro hubiesen llegado a tales días y si la amistad entre ambos se hubiese mantenido hasta entonces.

VIII. A pesar de la indudable cesura que se da entre los dos períodos, también hay una continuidad y acentuación del espíritu utilitarista, progresista y optimista, y, lógicamente, de la sensibilidad humanitaria y la repugnancia al dolor físico. Una época férvida de afanes transformadores y filantrópicos como la *de las luces* tenía que conferir particular atención, en el pensamiento y en los hechos, a la legislación penal, y que imprimirle un rumbo nuevo, en consonancia con sus ideas y su sensibilidad. Así, no es mucho, pues, que fuera "también la edad de la razón la que contempló los primeros comienzos de un trato inteligente y humano de criminales y dementes"<sup>14</sup>. Si dispusiéramos de tiempo, nos resultaría muy útil como penalistas recordar asimismo aquí la obra y la significación de Felipe Pinel<sup>15</sup>.

14 John H. Randall, jr., *La formación del pensamiento moderno*, traducción de Juan Adolfo Vázquez, Buenos Aires, Editorial Nova, 1952, p. 378.

15 1745-1826.

Independientemente del tema de estas páginas, sería interesantísimo examinar el paralelismo que existe y las diferencias que se den en los sucesivos modos de entender y de tratar, o de no entender y de maltratar, a locos y delincuentes.

De lo que no podemos prescindir es de considerar que la diferencia entre lo ilustrado y lo revolucionario se revela con fuerza y nitidez en dos rasgos que distinguen sin lugar a dudas el pensamiento y la legislación penal de uno y otro período. En materia de interpretación, la superioridad del soberano en relación con los súbditos se refleja en que, por mucho que se restrinja, no cabe prescindir de la interpretación de la ley, acudiendo en último término al príncipe, de ser preciso, para que declare su intención<sup>16</sup>, mientras que, cuando se entiende que la ley es obra de los ciudadanos y no de una instancia superior, su interpretación por los jueces, no sólo es innecesaria, sino que constituye un verdadero peligro para la voluntad expresada en el texto legal y para la seguridad individual<sup>17</sup>. La misma preocupación de evitar que mediante la interpretación quede desvirtuada la voluntad popular plasmada en la ley, sabido es que inspiró la creación de la casación en la Francia revolucionaria, a la cual tampoco se ignora que no es ajeno el nombre del propio Robespierre. Y, por otra parte, la conformación estamental, esto es, estratificada, de la sociedad, lleva por sus pasos contados a la desigualdad de las penas para delitos idénticos según que el reo pertenezca, dentro de la comunidad, a niveles distintos, mientras que en una sociedad homogénea, cuya estructura se basa en la idea de un igualitarismo esencial entre todos los ciudadanos, las penas tienen que ser idénticas sin atender para nada a la calidad del delincuente. Para Lardizábal, "la clase, el estado, el empleo, etc., deben influir también en la diversidad de la pena. Un noble, por ejemplo, no debe ser castigado con el mismo género de pena que un plebeyo, un esclavo que un hombre libre, etc."; y "un destierro, el desagrado del príncipe, hará tanta impresión en un hombre ilustre, como podrá hacer en un plebeyo una pena corporal y dura"<sup>18</sup>. En cambio, para Beccaria, "a quien diga que la misma pena impuesta al noble y al plebeyo no es realmente la mis-

16 Cfr. Montesquieu, *L'esprit des lois*, Paris, 1748, livre VI, chap. 3, y livre XI, chap. 6, y Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782, pp. 75-78. En relación con ello, Rivacoba, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1964, pp. 70-73.

17 Cfr. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, § IV (según la ordenación de Morellet, por la que en adelante se citará siempre en este estudio).

18 Op. cit., pp. 144-146. Sobre este punto, cfr. Rivacoba, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, cit., pp. 79-81.

ma por la diversidad de la educación, por la infamia que se extiende sobre una ilustre familia, responderé que no es la medida de las penas la sensibilidad del reo, sino el daño público, tanto mayor cuanto sea más favorecido quien lo produzca"<sup>19</sup>; y, más tajantemente, para Brissot de Warville, "no debe haber distinción de penas en razón de la distinción de los delinquentes. Todo delincente convencido dexa de ser ciudadano, y por el mismo hecho pierde los privilegios de la clase á que correspondía. Un señor que asesina á su criado, es tan enemigo de la pública tranquilidad, como el saltador que sale á un camino á asesinar á un pasajero"<sup>20</sup>.

Al fin, sería el segundo punto de vista el que habría de prevalecer. Más alto y eficaz que la contención de los ilustrados se alza el "*malheur aux hommes froids*," de Morellet en el prefacio a su traducción de Beccaria.

IX. Ahora bien, la reforma penal no es en el siglo XVIII una reforma más. Los espíritus más abiertos y significativos le dedicaron particular atención, y sus nombres están vinculados a ella.

La reforma de la legislación tuvo entonces grandísima importancia. Filangieri dijo que "parece que ésta es sola la última mano que falta para completar la obra de la felicidad de los hombres, y parece que la situación misma de las cosas la haya preparado"<sup>21</sup>.

Y dentro de la reforma legislativa tenía que ofrecer singular relieve, utilidad, urgencia e interés la renovación de las leyes criminales.

19 Op. cit., § XXVII. Utilizamos y seguiremos utilizando en las presentes páginas la traducción citada *supra*, en la nota 4.

En las palabras finales del párrafo transcrito, acaso quepa ver un antecedente más o menos consciente o borroso, del moderno concepto de *culpabilidad*.

20 Citado y desaprobado por Lardizábal. op. cit., pp. 144-145.

Más lacónica y rotundamente enuncia la misma idea Marat, en la obra que se citará *infra*, en la nota 40, p. 73.

21 *Ciencia de la legislación*, traducción de don Jayme Rubio, 10 vols., Madrid, 1787 y ss., tomo I, Introducción.

En sentido semejante, Voltaire concluye su *Commentaire sur le traité Des délits et des peines*, de 1766, con las siguientes palabras: "En este siglo queremos perfeccionarlo todo; tratemos, pues, de perfeccionar las leyes de que dependen nuestras vidas y fortunas".

Paterniti señala que la reforma penal fue uno de los momentos necesarios para asegurar la nueva concepción del Estado<sup>22</sup>.

X. La progresiva aceleración que se ha indicado en el ritmo de los cambios del siglo XVIII se manifiesta muy bien en lo penal. A mitad de la centuria, en 1751, el *Código bávaro* todavía castiga con la muerte en la hoguera el delito de comercio sexual con el diablo. En 1768 la *Constitución criminal teresiana* continúa admitiendo la tortura, pero, muy en consonancia con el espíritu racionalista y legalista de la época, prescribe con minuciosidad y cuidado, sirviéndose de cuarenta y ocho tablas ilustradas, las formas de aplicarla. Por una ordenanza de 1773 la propia María Teresa manda suspender su aplicación, y, antes de cumplirse tres años, el 2 de enero de 1776 decreta su abolición con carácter general y sin limitación alguna para todos los Estados que componían el Imperio. No obstante, esta medida no era obligatoria para los Estados italianos, donde, según escribía Kaunitz, "la tortura se frecuente mucho más que en los Estados alemanes"<sup>23</sup>, sino con el voto favorable de sus respectivos órganos gubernativos supremos, es a saber, el Senado de Milán y el Consejo de Mantua; y, mientras éste se mostró propicio a la supresión del tormento, el primero se pronunció en contra, haciendo que se mantuviera en vigencia y aplicación hasta que, por último, el 11 de septiembre de 1784 José II lo abolió sin contemplaciones. Ya se ha dicho que del 30 de noviembre de 1786 es la *Reforma de la legislación criminal toscana* de Pedro Leopoldo; y pocos días después, el 13 de enero de 1787, dicta José II el *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafen*<sup>24</sup> para el Imperio, culminando con ello las reformas penales de la Ilustración, en las vísperas ya, en cuanto al momento y, sobre todo, en cuanto al radicalismo de las ideas y la renovación o el cambio de las instituciones, de la Revolución. Por lo demás, innecesario es recordar que Catalina II quiso atraerse a Beccaria con el objeto de dotar también de un nuevo

22 Cfr. op. cit., p. 62.

23 Cfr. Rodolfo Mondolfo, *Cesare Beccaria y su obra*, traducción de Oberdán Caletti, Buenos Aires, Depalma, 1946, p. 58.

24 Conocido con el nombre de *Constitución criminal josefina* y promulgado el 2 de abril siguiente.

Derecho punitivo a Rusia, y que Carlos III pretendió igualmente reformar las leyes penales de España<sup>25</sup>.

XI. Hablando del siglo XVIII y de la orientación en él del Derecho penal, se subraya siempre, con razón, su utilitarismo. Sin embargo, bajo este utilitarismo yace un indudable y no menos importante fondo ético. En Beccaria se aprecia muy bien. Kant le reprocha su "sentimiento de humanidad mal entendido"<sup>26</sup>, pero Guido de Ruggiero<sup>27</sup> y Piero Calamandrei<sup>28</sup> han puesto de manifiesto que el autor de *Dei delitti e delle pene* se anticipó al imperativo categórico del filósofo de Königsberg y al profundo respecto que envuelve de la persona humana en su inalienable entidad moral<sup>29</sup>, cuando en el párrafo XXVII de su opúsculo escribió que "no hay libertad donde las leyes permiten que en determinadas circunstancias el hombre deje de ser *persona* y se convierta en *cosa*"<sup>30</sup>, exaltando y reverenciando así la dignidad incomparable de lo humano. Por lo demás, tal pensamiento atraviesa y anima a toda la doctrina de la época en su reconocimiento y garantía de la inconfundible eminencia del individuo.

XII. La reforma penal de la Ilustración se apoya en tres grandes principios y consiste, esencialmente, en su desarrollo y realización. El primero es la configuración y consagración del dogma o axioma<sup>31</sup> de la legalidad. Hasta entonces no se habían dado los supuestos filosóficos y sociales que lo fundamentan, reclaman y hacen posible; y

25 Pretensión, sin éxito, de reformar la legislación criminal que originó, sin embargo, el *Discurso sobre las penas* de Lardizábal.

26 *Principios metafísicos del Derecho*, traducción de Lizárraga, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1873, § XLIX, E, Del derecho de castigar y de perdonar, p. 201.

27 Cit. por Calamandrei, loc. cit. en la nota que sigue.

28 *Prefacio* a su edición de *De los delitos y de las penas*, citada *supra*, en la nota 4, p. 66.

29 Prescindiendo de las desafortunadas conclusiones o aplicaciones racionales de dicho principio, que, más que algo substancial, tienen mucho de anecdótico.

30 Trad. cit. *supra*, en la nota 4, p. 196.

31 Que de ambos modos lo llama Beccaria, §§ XXV y XXXIII.

los antecedentes que se suele citar no pasan de atisbos muy poco conscientes y perfectos, cuando no son algo completamente distinto, a saber, reliquias de privilegios feudales arrancadas y defendidas con tesón por la nobleza en su lucha contra la creciente ascensión de la realeza y la imposición de su poder. En la *Reforma* toscana, empero, en seguida se advierte, no sólo la ausencia de su formulación, sino también la presencia de las antiguas penas arbitrarias, libradas al criterio del juez, y la falta de toda precisión en la determinación de multitud de delitos, lo que, unido a su espíritu paternalista y el estilo en no escasas ocasiones más persuasivo o explicativo que normativo en que está redactada, hacen de ella antes un producto genuino, aunque avanzado, de la Ilustración, que un código moderno. Forma esto abierto contraste con la claridad y el rigor con que dos años y medio después aparece consignado el principio de legalidad en el artículo octavo de la Declaración francesa de los derechos del hombre.

Otra línea esencial de la reforma consiste en la supresión o atenuación de los delitos que ya no condicen con las valoraciones de la época, o sea, lo que hoy denominamos descriminalización o despenalización; y así es cómo desaparece por primera vez en la *Reforma* toscana el de lesa majestad, con las excrecencias absurdas y terribles que habían ido ampliándolo heterogénea e inaceptablemente en un proceso de milenios. Desaparecen asimismo los delitos de magia, hechicería y otros análogos, con la consiguiente racionalización y laicización del Derecho criminal; y se somete a demoledora crítica, hasta reducirlos a sus justas dimensiones, delitos que venían y continuaban siendo gravísimos, como la sodomía, el infanticidio, el contrabando y la caza.

La tercera gran tarea de la reforma fue la de humanizar o mitigar las penalidades, acordándolas a la sensibilidad de la hora. Comienza lo que luego se convertirá en campaña continuada y secular contra la pena de muerte, que queda ya abolida, lo mismo que la mutilación, la confiscación y la marca, así como la infamia que importaban algunas de ellas, en el código leopoldino. Se consagra el principio de la personalidad de las puniciones, y se proporcionan éstas a la diversa gravedad de los respectivos delitos. Es cierto que la *Leopoldina* aún conserva las penas de exposición a la vergüenza y de azotes en público y en público sobre un asno, pero utiliza con preferencia las penas restrictivas y privativas de la libertad. Por lo demás, es la sazón en que, por la valoración que se hace de la libertad y el peso de los precedentes que se habían acumulado, nacen propiamente estas últimas como

tales penas y empieza su desarrollo excluyente de las restantes y casi exclusivo en los diversos elencos punitivos, sin desconocer por ello la influencia que en tal fenómeno tuviera la revolución industrial, con sus movimientos de emigración de vastos contingentes humanos desde el campo a las ciudades y la aparición del proletariado alrededor de las minas y las fábricas, pero sin reconocerle el valor determinante o preponderante que se le ha atribuido en nuestros días, pues la cárcel y el presidio como formas y establecimientos de castigo se hallaban ya configuradas en la realidad y en las mentes con anterioridad. Datan también de entonces, con Filangieri, las ideas de que la multa debe ser impuesta en los delitos perpetrados por codicia y no debe ser expresada en cantidades de dinero fijas e iguales para todos, sino en una porción de la hacienda del reo<sup>32</sup>, la última de las cuales acoge más tarde Vidaurre en su proyecto de código para Chile y el Perú de 1828<sup>33</sup> y se adelanta en mucho al Código brasileño del Imperio<sup>34</sup> y al moderno sistema de los días de multa, y la primera resurge en documentos legislativos contemporáneos<sup>35</sup>.

Aunque a primera vista parezca extraño, estos cometidos no han perdido en dos siglos actualidad. Lograr el imperio de la legalidad en los delitos y las penas es todavía una tarea que nos incumbe a todos, no tanto ya para que se consigne el principio en las leyes, cuanto para que no se le burle a través de los tipos abiertos y los llamados *tipos de cañcho*. En relación muy estrecha con el principio de legalidad se encuentra el de culpabilidad, que no es sino su corolario y complemento, pues, constituyendo la finalidad de aquél garantizar la certeza, la seguridad y la libertad del individuo respecto a la significación y las posibles consecuencias penales de sus actos, no hay certeza, ni seguridad ni libertad, ni cabe responsabilizar a un sujeto por lo que no se ha representado o podido representar, o, habiéndoselo representado, no

32 La pérdida de la tercera, la cuarta o la quinta parte de sus bienes. Cfr. op. cit., tomo VI, pp. 81-82.

33 Cfr. Rivacoba, *El primer proyecto americano de Código penal* (en los *Anales del Instituto de Chile*, Santiago de Chile, 1985, pp. 85-93), p. 90.

34 Artículo 55.

35 Por ejemplo, el proyecto de Soler para la Argentina de 1960, Exposición de motivos, § 39, y artículo 76, texto y nota.

estaba en su mano evitar o no se le puede reprochar. Y en esta perspectiva, por más que el principio de culpabilidad fuera afirmado sin restricciones por Lardizábal<sup>36</sup>, y pertenezca casi sin excepciones al plexo de convicciones y exigencias en que se asienta y a que responde el Derecho penal de nuestro tiempo, distamos todavía mucho de haber eliminado en gran número de países, y, desde luego, en Chile, la responsabilidad objetiva.

Sería injusto negar que exista una opinión generalizada en el mundo acerca de la necesidad de revisar y reducir los catálogos de delitos y de penas y que esto se haya llevado o se esté llevando a cabo en numerosos ordenamientos, pero no es sino muy cierto afirmar que de tiempo atrás y más cada día la política criminal chilena marcha en dirección inversa, con olvido de la elemental noción de que la pena no es medio ni remedio para nada, sino sólo la expresión o concreción, o, si se me permite, el símbolo, de la reprobación y el reproche público de los actos de significación más grave para la comunidad por atentar de manera insostenible contra su existencia u organización o contra los bienes que con arreglo al desarrollo cultural y el sistema de valores dominantes en el cuerpo social estima más importantes y por ello dignos de la protección jurídica más eficaz. Llama así desfavorablemente la atención el incremento y la agravación constante de los delitos contra el Estado o contra quienes ejercen el poder en el Estado; que no se derogue algunos, como la sodomía, el incesto, la vagancia y la mendicidad; que no se dé nuevos regímenes para otros, como el estupro y el aborto, y que no se proporcione mejor las penas a la relativa gravedad de los delitos, o sea, a la entidad de sus respectivos objetos jurídicos.

¡Y qué decir de la empresa nunca concluida, y menos en este país, de pugnar contra la pena de muerte; de la necesidad de reducir el predominio, casi monopólico, de la privación de libertad y de acortar su duración; de la necesidad de jurisdiccionalizar su ejecución; de evitar hasta donde sea factible su función estigmatizadora; de ensayar nuevas formas de punir...!

XIII. Mas la reforma penal no se circunscribió a lo substantivo; abarcó también lo procesal, y no fue menos importante en este ámbito. Se comprende que así fuera por la reconocida inherencia del Derecho penal al Derecho procesal penal y porque "lo que ante todo atrae la

<sup>36</sup> Cfr. Rivacoba, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, cit., pp. 74 y 76-77.

atención de los estudiosos de aquel tiempo es la forma del proceso, esto es, la manera como la justicia se realiza"<sup>37</sup>. En efecto, según una frase muy gráfica y conocida, "el Derecho penal no toca ni el pelo de la ropa al delincuente, sino el Derecho procesal penal", y de ahí, que los más y los mayores peligros para la libertad y para los derechos fundamentales del individuo provengan, en esta esfera, de la índole y las deficiencias de los procedimientos criminales, así como, por otra parte, de la regulación, o la falta de regulación y el abandono, de la ejecución de las penas. Lo cual se da de manera tremendamente acentuada en los diversos países de Iberoamérica, como acreditan el enorme porcentaje que hay en ellos de presos sin condena y los abundantes casos de presos que salen de la cárcel absueltos o con la pena, cuando se la imponen, ya cumplida. Así, no ha de extrañar que una época en que lo principal era preservar de toda arbitrariedad al hombre, y proporcionarle certidumbre y seguridad como bases de su libertad, prestara particular atención a esta materia y la renovara.

Refiriéndose a lo que llama "la irregularidad de los procedimientos criminales", Beccaria habla de esta "parte de legislación tan principal, y tan descuidada en casi toda Europa"<sup>38</sup>. El mismo, y más Filangieri o Marat, entre otros autores de aquel tiempo, dedican mayor detenimiento y espacio a lo procesal que a lo estrictamente penal; y de la *Leopoldina* tenemos escrito que, "sin regatearle su significación penal, probablemente sean mayores sus méritos, aunque se hayan destacado menos, en lo procesal"<sup>39</sup>.

XIV. Las reformas que del proceso penal concibió, proyectó o ejecutó el siglo XVIII produjeron una verdadera mutación y conmoción en su momento, poseen un valor perdurable y representan un estímulo todavía no satisfecho en la actualidad. En la natural imposibilidad de contemplarlas todas, vamos a espigar y comentar apenas una decena.

1. En primer lugar, la referente a la publicidad de los juicios. Tal vez nadie se haya expresado sobre este punto con la elocuencia de Marat: "¿Queréis que el crimen sea castigado, la inocencia defendida,

<sup>37</sup> Paterniti, op. cit., p. 53.

<sup>38</sup> *De los delitos y de las penas*, trad. cit., p. 93.

<sup>39</sup> Recensión cit. *supra*, en la nota 5, p. 136 de su publicación en Chile y pp. 567-568 de la argentina.



la humanidad respetada y la libertad asegurada? Administrad la justicia en público. Es lejos de los ojos del pueblo donde se emplea multitud de medios odiosos para llegar a la prueba de los delitos. Es en la obscuridad de los calabozos donde infames satélites, disfrazados de malhechores, tienden asechanzas al acusado, y tratan de ganar su confianza para traicionarle. Es en las sombras reducidas de una prisión donde los magistrados inhumanos, olvidando la dignidad de sus funciones, se envilecen en las de delator y emplean en la pérdida de los desdichados una astucia que no siente escrúpulo por nada. Es en un tribunal inaccesible donde se ve encarnizarse a los jueces en la pérdida de un inocente [...]. *Que todo delincuente sea juzgado, pues, a la cara del cielo y de la tierra*<sup>40</sup>. Beccaria dedica todo un parágrafo, el noveno, de severo acento crítico, a lo que rubrica *Acusaciones secretas*, con mención de un par de pasajes de Montesquieu sobre el particular; y la *Reforma* toscana proscribió con vehemencia tales acusaciones<sup>41</sup> y cualquier acto secreto en los procesos<sup>42</sup> y prescribe terminantemente la publicidad de todos los actos procesales<sup>43</sup>. Muy al contrario, los jueces ordinarios, y con particular empeño los especiales, decretan y estiran el secreto del sumario, impidiendo su conocimiento, y, por tanto, la defensa, durante largo tiempo; y no hablemos de la clandestinidad de la policía, en su trato al detenido y en las actuaciones previas, de las cuales depende en demasiadas ocasiones, por uno u otro motivo, el destino de aquél.

2. En cuanto a la independencia de los jueces, y por no volver aquí sobre la doctrina de Montesquieu, clásica en la materia de la separación de los poderes públicos, oigamos otra vez las encendidas palabras de Marat: "Sería un abuso indignante que los tribunales criminales procediesen del príncipe; deben ser completamente independien-

40 *Pl.in de législation criminelle*, Texte conforme à l'édition de 1790, Introduction, notes et postface de Daniel Hamiche, Paris, Aubier Montaigne, 1974, p. 161.

Sobre esta obra y edición, cfr. nuestra recensión en *Doctrina Penal*, rev. cit., año 1, 1978, pp. 244-246.

41 §§ I y II

42 § XLIX.

43 § XIV.

tes", pues de otro modo "estarían siempre a las órdenes del patrón que les nombra, y jamás consultarían sino su voluntad"<sup>44</sup>; palabras que parecen escritas hoy y para hoy, aquí y para aquí, con el fin de estigmatizar la ingerencia del poder político en la designación de los magistrados judiciales y la creación de jurisdicciones especiales abiertamente a su servicio.

3. El principio de inocencia fue enunciado en término magistrales también por Marat: "En tanto que no resulte probada a los ojos de los jueces la responsabilidad del acusado, no hay derecho para tratarle como culpable"<sup>45</sup>; y bien se conoce el tenor del artículo noveno de la *Declaración* revolucionaria: "Todo hombre se reputa inocente hasta que haya sido declarado culpable". Sin embargo, son incontables las legislaciones que al presente no contienen tal declaración, y peores son el criterio y los usos de la judicatura, que suelen ver en cualquier imputado, sin remisión, un delincuente.

XV. 4. El encarcelamiento de los procesados no es más que un medio de asegurar su presencia en el juicio, una custodia, "y esta custodia, siendo esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible", y su rigor "no puede ser más que el necesario, bien para impedir la fuga, bien para que no se oculten las pruebas de los delitos. El proceso mismo debe terminar en el más breve tiempo posible". De estas palabras de Beccaria<sup>46</sup> parecen calcadas las de la *Reforma* toscana, cuando ordena en su parágrafo XV que se tenga en la cárcel al imputado "el menor tiempo posible", muy a la inversa de lo que hoy ocurre, cuando los sujetos en prisión preventiva doblan largamente el número de los que están en ella cumpliendo pena y muchas veces se difiere la libertad provisional sólo por el corto tiempo o relativamente corto tiempo que sus peticionarios llevan en la cárcel, o, en otro aspecto, se prolongan sin necesidad los procesos, acaso con el objeto de retrasar la tarea de su juzgamiento o con miras de que recaiga en un suplente o

44 Op. cit., p. 166.

45 Ibidem, p. 164.

46 Op. cit., p. 173. Allí mismo se refiere a "los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que aumentan con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad"; y antes califica a la incertidumbre, de "el más cruel verdugo de los desdichados" (p. 93).

sucesor y librarse así de la obligación de fallarlos<sup>47</sup>. Y no hablemos de la falta de real fundamentación, en Chile, de las denegaciones de la libertad provisional, con la consiguiente imposibilidad de una defensa efectiva en este punto.

5. En lo tocante a las pruebas, Beccaria condena con severidad el juramento que de decir verdad se exigía al reo y hace ver su inutilidad<sup>48</sup>, y la *Reforma* toscana lo prohíbe absolutamente, tanto respecto a hechos propios, cuanto a los ajenos<sup>49</sup>, así como de seguido otras especies de juramento en los testigos. Este cuerpo legal, reconociendo "cuán fácilmente el temor a un proceso y a la cárcel puede conducir a la contumacia y a la fuga, aun de los inocentes", veda también considerar la contumacia del reo como confesión<sup>50</sup>; y proscribió asimismo el uso de las pruebas llamadas *privilegiadas*, o sea, aquellas que, siendo en general inhábiles, se admitían en ciertos delitos, por su naturaleza o gravedad<sup>51</sup>. Vistas desde nuestros días, tales medidas pueden parecer cosa del pasado, carentes de actualidad y de interés; pero, aparte de servir para que comprendamos la profunda diferencia que media entre el mundo anterior y el posterior al siglo XVIII y lo que debemos a éste y a sus transformaciones, constituyen elocuente incentivo para que nos percateemos de la necesidad de atender a la objetividad de las pruebas, sin confundirse ni perderse en aspectos o detalles subjetivos, y para que nos pongamos en guardia contra el valor excesivo que todavía se concede en muchos países a la confesión.

6. Pero en materia probatoria la innovación más importante es la abolición —sí, contempladas las cosas en la perspectiva de nuestro tiempo, así puede decirse— de la tortura. Antes, de pasada, le hemos dedicado unas palabras<sup>52</sup>. Ampliémoslas ahora, recordando que Federico II, a los pocos días de subir al trono, suprimió el tormento, salvo para

47 Conducta cuya entidad moral y jurídica se agrava en aquellos casos en que hay reos presos.

48 Cfr. op. cit., § XI.

49 § VI.

50 § XXXVIII.

51 § XXVII.

52 § X.

el delito de traición, y que en 1754 y 1756 lo abolió de manera absoluta; que Voltaire lo admitía excepcionalmente "para los malvados empedernidos que hayan asesinado a un padre de familia o de la patria"<sup>53</sup> y para el "solo caso en que la tortura parece necesaria: el asesinato de Enrique IV, el amigo de nuestra república, el amigo de Europa, el del género humano"<sup>54</sup>; que, en cambio, Sonnenfels se opone a ella sin excepciones<sup>55</sup>; que Verri escribió entre 1776 y 1777 su alegato contra la tortura<sup>56</sup> y que "su batalla contra el tormento resultó efectivamente conclusiva, definitiva"<sup>57</sup>; que Beccaria, sirviéndose de los materiales que su amigo Verri tenía preparados sobre el particular, le dedicó uno de los capítulos más extensos y vigorosos de su obra inmortal<sup>58</sup>; que Lardizábal, tan reposado, pierde, no obstante, la calma, y se le fastidia el ánimo<sup>59</sup>, discutiendo sobre este tema con el canónigo don Pedro de Castro, uno de los contados valedores de la tortura que quedaban a la sazón en España<sup>60</sup>, y que la *Leopoldina* la abole "con especial determinación"<sup>61</sup>. Sin duda, se generalizó entonces una convicción decididamente adversa contra este modo bárbaro de averiguar la verdad en los procesos criminales y se lo expelió de las leyes. Con una ingenuidad y un optimismo muy decimonónicos, decía en 1844 Alessandro Manzoni, descendiente indudable de Beccaria y quizá también del hermano me-

53 *Commentaire sur le traité Des délits et des peines*, cit., § XII.

54 *Prix de la justice et de l'humanité*, 1777, art. XXIV.

55 *Über die Abschaffung der Tortur*, Zurich, 1775.

56 Cit. *supra*, en la nota 3. La verdad es que venía preparándolo de mucho antes, pero sólo se publicó póstumo.

57 Franco Venturi, *Introduzione* a su edición de *Dei delitti e delle pene*, cit. *supra*, en la nota 6, p. XI.

58 El XII.

59 Cfr. op. cit., p. 289.

60 En su *Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron e impugnación del tratado que escribió contra ella el doctor don Alfonso María de Acevedo*, Madrid, 1778.

Al respecto, cfr. mi libro sobre Lardizábal, cit., p. 42, texto y nota 71.

61 § XXXIII.

nor de los Verri, que "i tempi della tortura sono, grazie al cielo, abbastanza lontani"<sup>62</sup>; pero, ¿podría sostenerse hoy esto? ¿Hoy, cuando, si no figura y aun se la condena en la letra de las leyes, constituye una extendida e innegable práctica policial y cuenta con la tolerancia, siquiera sea tácita, mas no por ello menos efectiva, de muchos jueces?, ¿cuándo se han aumentado y diversificado sus medios y modalidades y se le ha agregado lo que hemos denominado *tortura indirecta u oblicua*, desconocida otrora y aún más vil que la tortura tradicional, atormentando a quien consta que es inocente, o que no sabe nada respecto a lo que se indaga, no, por tanto, para provocar su deposición, sino para que, por evitarlo o poner fin a sus sufrimientos, se decida a entregarse o a declarar la persona que interesa que lo haga? Y entre los mismos jueces, ¿qué son sino torturas las incomunicaciones no estrictamente necesarias, o su prolongación o el empalme de unas con otras, violando sin lugar a dudas el fin de la institución y en abierta infracción del propio tenor de la ley? E incluso en la opinión ordinaria, ¿no hay una aceptación de la tortura, inconsciente o meramente inconfesa, cuando se protesta contra su aplicación a los perseguidos políticos y se guarda un silencio cómplice acerca de la aplicación, sabida de todos, a los delinquentes comunes?

Es curioso, y terrible para nuestra noción de la humanidad y para nuestra propia humanidad, lo que ocurre con este rechazo de la tortura, y de la violencia y la muerte, para algunos y esta aceptación o tolerancia para otros. En el fondo, no representa más que una reducción de lo humano a los primeros, a los que estimamos semejantes, y una descalificación, una cosificación, de los demás, de cuantos consideramos o sentimos como diferentes, y, por ende, la deficiencia de nuestra capacidad de conocer a los próximos y de ligarnos afectivamente con ellos como prójimos, de comprenderlos y convivir sin restricciones, el empobrecimiento o la pobreza de nuestra misma humanidad, o, tal vez mejor, un signo o síntoma de la hominización insuficiente de los seres humanos.

XVI. 7. A los pocos años de haber condenado Beccaria con dureza la talla y cuantos medios, creyendo reportar utilidad y beneficios en la lucha contra la criminalidad, siembran la desconfianza en la

<sup>62</sup> *Storia della colonna infame*, Milano, Rizzoli, 1987, p. 145.

Acerca de esta obra, cfr. la nota que adosamos a nuestra traducción de las *Observaciones sobre la tortura*, de Pietro Verri, cit. *supra*, en la nota 3, p. 2.

sociedad y la rebajan, la *Reforma toscana* fue más allá y proscribió y abolió "el bárbaro y detestable abuso" de la facultad que las legislaciones concedían de matar impunemente y con promesa de un premio a determinados delincuentes en rebeldía<sup>63</sup>, prohibición que sólo puede parecer impropia para nuestra época a las almas cándidas —si hay alguna— cuya vida transcurra sin salir de las páginas de los diarios oficiales y los códigos e ignoren la espantosa realidad de las leyes de fugas, de las *policías* que con expresión muy gráfica ha denominado Zaffaroni *de garullo fácil* y las ejecuciones sin proceso, agravadas muchas veces para los deudos por la desaparición del cadáver, no entregándose ni permitiéndoles, así, darle sepultura, aunque hubiera de ser sin pompa ni aparato alguno.

8. Alboreaban apenas las condenas a la privación de la libertad y ya Marat aconsejaba o exigía que "la policía de las prisiones no debe estar confiada a los carceleros. Es la ley la que debe regular el tratamiento de los diferentes criminales: que un magistrado respetable visite, pues, de tiempo en tiempo, estas tristes moradas, que reciba las quejas de los desdichados encerrados en ellas y que haga justicia de sus despiadados guardianes"<sup>64</sup>. Es probable, o, con mayor exactitud, seguro, que el gran revolucionario tenía en la mente, al decir esto, no los establecimientos de cumplimiento, sino los preventivos, pero los inconvenientes de abandonar las casas de privación de libertad a funcionarios administrativos y la conveniencia de que dependan de la judicatura son los mismos, y, en todo caso, desde su lejanía en el tiempo nos llama la atención en el presente acerca de la imperiosa necesidad de rescatar de los carceleros la ejecución de las penas privativas de la libertad y entregarla a quienes únicamente corresponde, a los jueces, y atisba a la distancia lo que son en la actualidad los jueces de ejecución, ideas aún más sugestivas y fecundas para países donde con poca exageración cabe afirmar que todavía no se ha oído hablar de esta rama de la judicatura.

9. A mucho más que la clásica inquietud por resarcir a las víctimas del delito aspira Marat, cuando preconiza que se indemnice a los inocentes que se han visto envueltos injustamente en un proceso cri-

<sup>63</sup> § LII.

<sup>64</sup> Op. cit., p. 165.

minal<sup>65</sup>, afán que colma la *Leopoldina*, disponiendo que con el importe de las penas de multa se forme una caja para indemnizar a tales víctimas, cuando no puedan obtener reparación del delincuente por carecer éste de recursos o por haberse fugado, y asimismo a quienes hayan sido procesados, encarcelados y luego absueltos sin dolo ni culpa de nadie (pues, de haber mediado dolo o culpa, el que hubiera obrado con ellos sería el obligado a indemnizar)<sup>66</sup>, previsión mucho más amplia que las más generosas que vinieron después, como una del proyecto de Vidaurre<sup>67</sup> y el artículo 123 del Código español de 1848<sup>68</sup>, y hay que llegar al Código panameño de 1982 en su artículo 129 para encontrar una disposición que realice, no todavía sin alguna imperfección, la vieja aspiración revolucionaria<sup>69</sup>.

10. Y, por último, no olvidemos la máxima que desliza Marat en una nota casi al final de su *Plan*: "La elocuencia es una cosa bella, pero debe ser desterrada de los tribunales de justicia"<sup>70</sup>, en cuanto tiene —claro es— de retórica vana que deslumbra o distrae a los jueces, desfigurando los hechos o las pruebas y corrompiendo o desviando un juicio recto, lo cual nadie puede sostener que fuese un hecho o un peligro sólo de sus días y no lo sea también en los nuestros.

XVII. Si las reformas procesales no han de quedarse en la longirud de los plazos y las formalidades de las declaraciones o las notificaciones, o en achacar los males de la administración de justicia en lo criminal a la insuficiencia del número de juzgados y tribunales y dolerse de la carencia de recursos económicos —y ningún país requiere tan apremiantemente como Chile una reforma de tal naturaleza—, estas ideas y realizaciones del siglo XVIII pueden resultar de más que alguna utilidad.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 172.

<sup>66</sup> § XLVI.

<sup>67</sup> Cfr. Rivacoba, *El primer proyecto americano de Código penal*, cit., p. 91.

<sup>68</sup> Desaparecido a partir de la reforma de 1870.

<sup>69</sup> Cfr. Rivacoba, *El nuevo Código penal de Panamá (1982)* (en *Doctrina Penal*, rev. cit., año 6, 1983, pp. 525-605), pp. 550 y 574.

<sup>70</sup> Op. cit., p. 169.

Por lo demás, es de tener presente que acometer reformas en lo penal, sea en lo sustantivo o en lo procesal, sin conocer a los hombres del siglo XVIII o sin acordarse de ellos y de lo que pensaron o lo que hicieron, suele llevar a descubrir Mediterráneos y provocar sonrisas más o menos amables o piadosas. También a aberraciones.

XVIII. Al cabo de estas reflexiones, surge espontánea la pregunta: ¿hemos estado hablando del pasado o del presente?, ¿de los hombres del siglo XVIII, hijos, unos, de la razón, que conversaban en los salones, arrellanados con sus pelucas en sillones de estilo Luis XV, reposadamente, mesuradamente, quizá algo adormilados, como Beccaria, quizá aspirando rapé, según el uso del tiempo, y otros, del sentimiento, bulliciosos y bullentes de afanes revolucionarios, en un tráfago que los consumía, prontos a las lágrimas y adeptos a los gemidos del corazón, o de nosotros mismos, atenazados por mil angustias a finales del siglo XX? Ciertamente, *haec de te fabula narratur*<sup>71</sup>.

#### ERRATAS IMPORTANTES

Impresas ya las páginas correspondientes de este artículo, se ha advertido en él las siguientes erratas importantes:

- a) en la página 192, líneas 33-34, donde dice *obsturación*, debe decir *obturación*;
- b) en la página 199, línea 28, donde dice *ni cabe*, debe decir *si cabe*, y
- c) en la página 203, línea 7, donde dice *término*, debe decir *términos*.

<sup>71</sup> Horacio, *Satyræ*, I, I, 69.