

DEL CONCEPTO A LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL PENSAMIENTO DE MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA*

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA**

1. En la vasta producción de Manuel de Rivacoba el problema teórico y dogmático de la pena ocupa un lugar preponderante y decisivo, hasta el punto de que constituyó uno de los ejes de su interés científico y iusfilosófico, al que dio inicio su tesis doctoral sobre la ejecución de las penas privativas de la libertad¹ y cuyo epítome fue su soberbio estudio del pensamiento de Manuel de Lardizábal, donde la esencia y las propiedades de la genuina consecuencia jurídica del delito según el máximo representante en España del ideario punitivo de la Ilustra-

* Reconstrucción, anotada, de la intervención del autor en el Cuarto Seminario de Actualidad Jurídica Chilena («Estudios de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en homenaje al profesor doctor Manuel de Rivacoba y Rivacoba»), organizado por el Centro de Alumnos de la Escuela de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, los días 27 a 29 de junio de 2001.

** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, de Madrid; Diplomado en Derecho Penal y Criminología por la Universidad de Roma; profesor asociado de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta (Chile).

¹ *Relaciones entre las diversas disposiciones legales que regulan la ejecución de las penas de privación de libertad en el Derecho positivo español*. Tesis Doctoral calificada de **Sobresaliente** por la Universidad de Madrid, 1957 (lamentablemente, inédita).

ción, asumen señalada importancia². La obra del Maestro, pues, se abre y culmina con las cuestiones concernientes a esa verdadera *cene-rentola* de la Dogmática contemporánea, es decir, la pena.

Sí, cenicienta, porque, como el propio Rivacoba hizo ver ocho años ha, la concentración del penalismo de esta época sobre el estudio de la ley penal y del delito ha corrido a las parejas de la sistemática desatención que reciben en la doctrina de los países de nuestra cultura jurídica la pena y su ejecución, «demasiadas veces una y otra [...] abandonadas a la empiria, al ojo del buen cubero, a la rutina o, en el más afortunado de los casos, a los esfuerzos de un espíritu sensible o de la buena voluntad, pero también, en ocasiones, a prejuicios estereotipados, criterios coyunturales, reacciones de desquite o impulsos de sadismo»³, con las consiguientes perforación de las exigencias de certeza y seguridad jurídicas y capitulación de la racionalidad que la ciencia debe proveer al ordenamiento punitivo, máxime en el segmento donde éste cobra su doliente y real entidad, que no es tanto el delito cuanto su sanción. Muy lejos de tales actitudes olímpicas o despreocupadas —incluso irresponsables, en ciertos casos—, propias del que se recrea en ahondar en, o simplemente transitar por un surco, el del delito, varias veces recorrido, casi no hay aspecto o inflexión de la pena que Rivacoba dejase de abordar y procurase esclarecer. Su concepto y caracterización, sus relaciones y diferencias con las llamadas medidas de seguridad, su determinación⁴ y aplicación, y, sobre todo, su finalidad, llenan páginas y páginas de los escritos del Maestro, casi tantas como las que destinó a ese terreno, también semiolvidado en la época presente o a lo sumo subordinado al yugo de los arrestos político-criminales de la hora, en que su indiscutible talento resplandece con portentosa luz, el de la fundamentación filosófica de esta rama del Derecho.

² «Manuel de Lardizábal o el pensamiento ilustrado en Derecho penal», que es el «Estudio preliminar» a la reedición del libro de aquél, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2001, *cfr.* págs. (XI-CXVI) XCIV-CII.

³ *Función y aplicación de la pena*. Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 1.

⁴ Véase, muy especialmente, su contribución de homenaje «La dosimetría en la determinación legal de las penas», en el libro *De las penas, Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti*, Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 159-169, adelantada en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, de Madrid, número 4, 1994, págs. 747-756.

Bien se comprenderá que no podríamos seguir y comentar aquí todo este dilatado *iter* especulativo sin sobrepasar los límites de tiempo impuestos a nuestra intervención, por lo que hemos de centrarnos en dos cuestiones solamente, las que, empero, en el fondo forman parte de, o dicho de un modo más exacto, están informadas por ese más amplio abanico de representaciones que es la Filosofía del Derecho penal, el sempiterno punto que Rivacoba tomó como fulcro y cierre de su quehacer científico. Iremos, en consecuencia, desde el concepto a la función que él imprime a la pena.

2. Sin embargo, para entender el concepto rivacobiano de ella e insertarlo en la economía de definiciones a que pertenece, es preciso hacerse somero cargo de la polivalencia de significados que esta palabra que nos es tan familiar encierra.

Todavía en la primera mitad de la centuria decimonónica Hegel pudo escribir que «en la ciencia positiva de los tiempos modernos la teoría de la pena es una de las materias que peor se ha ahondado»⁵, y, un siglo más tarde, ya en el seno de dicha ciencia positiva, Nagler se dolía del carácter vago o indeterminado del concepto de una entidad que forma parte de esos fenómenos jurídicos y sociales tan evidentes, que pocos como el suyo son utilizados con tanta frecuencia y sin reservas⁶. Viejas y obscuras representaciones, teológicas, éticas, sociales o francamente irracionales dejan sentir su pesada carga sobre la consideración jurídica, y de todas ellas se hace eco la evolución del idioma: es sobradamente noto el controvertido étimo de este vocablo⁷ y su camaleónico cariz en el lenguaje de la vida cotidiana⁸. Ante este frondoso cuadro, Nagler creyó discernir nada menos que cuatro acepciones de la pena ubicadas en un plano paralelo al de su delimitación propiamente jurídica, a las que llamó

⁵ «Puesto que en ella no es suficiente el intelecto, ya que se trata esencialmente del concepto». *Filosofía del Derecho*. Introducción de Carlos Marx. Trad. de Angélica Mendoza de Montero, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1937, pág. 106 (§ 99).

⁶ *Die Strafe*. Eine juristisch-empirische Untersuchung. Scientia Verlag Aalen, 1970 (reimpresión de la edición de Leipzig en 1918), *cfr.* pág. 1.

⁷ Sobre lo cual *cfr.* JIMÉNEZ DE ASÚA, *Derecho penal* (obra ajustada al Programa de oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal), Madrid, Reus, 3.^a ed., 1924, págs. 194-195.

⁸ NAGLER, *op. cit.*, *cfr.* págs. 28-39.

penas *natural, moral, divina y social*, toda vez que el esquivo instituto —decía— no se presenta como una categoría prístina, bien definida según su significación original, sino más bien cual una *reacción* contra un suceso que es experimentado como algo nocivo para la comunidad⁹, o séase, como algo mecánico e incluso sobrenatural —piénsese al respecto en las antañonas concepciones sobre la retribución divina, que colocaban el instrumento punitivo al servicio de la mano vengadora de Dios—.

Por mi parte, juzgo conveniente retomar los hilos del problema en la distinción que Kant trazó entre *poena forensis* y *poena naturalis*¹⁰, porque parece claro que ésta última, es decir, la autopunición natural del vicio, no es pena, si bien el ulterior aserto de Kant de que el legislador no se ocupa de ella en absoluto, queda hoy en cierto modo desmentido en su propio país por el instituto de la dispensa de la pena, cuando las consecuencias que el hechor sufrió a raíz del delito fuesen de tal magnitud que la imposición de un castigo representaría un error ostensible¹¹. Pero, más allá de esta consideración, que no hace al fondo del problema, lo cierto es que la pena «natural» resulta extraña al círculo de problemas que nos interesan, por la potísima razón de que en las leyes que gobiernan la naturaleza no está inscrita, como consecuencia perjudicial para el sedicente infractor, ninguna que pueda llamarse normativa o vástago de la doctrina de la imputación, esencial para la consideración jurídica y la valuación moral. O expresado con las palabras de Beling: toda discusión sobre la pena ha de partir de que ésta es un puro *nóumeno*, pues en el mundo real, es decir, como fenómeno, la pena sencillamente no existe¹²; lo que de ella resulta perceptible a nuestros sentidos son sólo los actos materiales de su doliente aplicación.

⁹ *Ibidem*, *cf.* pág. 40.

¹⁰ *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts. Trad. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Tecnos, Madrid, 1989, *cf.* pág. 166.

¹¹ § 60 del Código alemán. Acerca de la controvertida índole de esta disposición, *cf.* KÖHLER, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, Springer, Berlín, 1997, págs. 620-621.

¹² *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*. Scientia Verlag Aalen, 1978 (reimpresión de la edición de Leipzig, en 1908), *cf.* pág. 5.

Con todo, aun reducida a su acepción estricta de *poena forensis*, esto es, la específica sanción impuesta por la autoridad civil al culpable de un delito¹³, la pena, al igual que este último, admite y de hecho ha merecido diversas definiciones, legales, sociológicas, dogmáticas y filosóficas.

Las primeras menudearon en los ordenamientos del Derecho común, y no hay mejor ejemplo que ese concepto estampado en Las Partidas de Alfonso X («*emienda de pecho o escarmiento que es dado según ley a algunos por los yerros que fizieron*») ¹⁴. Sin embargo, el afán racionalizador de la Codificación decimonónica barrió con los últimos vestigios que quedaban de ellas a la sazón, por innecesarias y carecer de contenido regulador del comportamiento humano, según se observa, entre otros, en los textos españoles de aquellos años¹⁵ y, desde luego, el chileno. Lo que no significa que hayan desaparecido del todo. El propio Rivacoba denunció una y otra vez, con sobrada razón, ese achaque reciente de consignar en Constituciones, Códigos y hasta en humildes reglamentos ciertos fines de la pena, sea porque las finalidades declaradas no se condicen con la entidad íntima de aquélla, ora porque las que se enuncia resultan inconciliables entre sí, bien por constituir semejantes disposiciones, por lo común, «expresiones de deseos o, a lo sumo, declaraciones de principios, de cuya índole auténticamente jurídica, desde el momento en que no regulan conducta, sí es lícito y lógico dudar» ¹⁶. El terco empeño definidor, en rigor ajeno a las tareas del *legislator*, sigue presente hoy en cláusulas de este jaez, nada infrecuentes en el panorama comparativo.

¹³ CARRARA, *Programma del corso di Diritto criminale*, «Del delitto, della pena». Il Mulino, Bologna, 1993, *cf.* pág. 379 (§ 582).

¹⁴ Partida VII, Título XXXI, Ley I, que cito según la edición glosada por el célebre Gregorio López, 3 vols., Salamanca, año MDLV, t. III, folio 91.

¹⁵ Comentando el de 1870, SILVELA notaba que «no hay en el Código penal definición ni descripción de la pena. El legislador que creyó necesario definir el delito, no pensó lo mismo respecto á la idea correlativa del castigo». *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*. 2 vols. Madrid, 2.^a ed., 1903, t. II, pág. 251.

¹⁶ *Función y aplicación de la pena*, *cit.*, pág. 11, y *Hacia una nueva concepción de la pena*. Estudio preliminar de José Palomino Manchego y Epílogo de José Luis Guzmán Dalbora, Lima, Grijley, 1995, *cf.* pág. 51.

También las definiciones sociológicas o naturalísticas de la pena pertenecen al pasado de nuestra disciplina. Procuraron captarla en lo que ella tendría de mero hecho, como una reacción más o menos espontánea de la sociedad contra otro *factum* individual y social, contra un acontecimiento que la sociedad juzga perjudicial para las condiciones de su subsistencia en cuanto verdadero «organismo natural y viviente»¹⁷. La pena queda así definida en términos de psicología de masas y se inspira en la fórmula «cosechas lo que siembras»¹⁸. Es fácil comprender que estas definiciones procedan de la *Scuola positiva* —recordemos las de Garófalo («remedio a la falta de adaptación del reo») ¹⁹ y Ferri («reacción social contra las acciones antisociales») ²⁰— y que hallasen resonancia, también, en esa versión especial del positivismo italiano que toma forma en las *escuelas intermedias*, de lo que son testimonio, *v. gr.*, las concepciones de Durkheim, Aschaffenburg y von Liszt.

A su turno, las definiciones dogmáticas intentan fijar una síntesis de la configuración concreta que asume la pena de acuerdo con un ordenamiento punitivo dado. El mismo Liszt acuñó una muy famosa («mal que el juez penal inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor») ²¹, y en España gozan de gran predicamento y siempre se repite las de Cuello («privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal») ²² y Antón Ónega («mal que el Estado

¹⁷ FERRI, *Sociología criminal*. 2 vols. Con un Prólogo de Primitivo González del Alba. Versión española por Antonio Soto y Hernández, Madrid, s/f, t. II, pág. 75.

¹⁸ NAGLER, cit., *cfr.* pág. 48.

¹⁹ *La Criminología*. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad. Versión española de Pedro Borrajo. Madrid, Daniel Jorro Editor, 1912, pág. 356 (antes, en pág. 265), habla de la reacción contra el delito según las leyes naturales, y de su contenido dice que es «la exclusión del miembro cuya adaptación a las condiciones del medio ambiente se manifiesta incompleta o imposible».

²⁰ *Op. y vol. cit.*, pág. 160.

²¹ *Tratado de Derecho penal*. 3 vols. Reus, Madrid, t. III, Trad. de Luis Jiménez de Asúa y Adiciones por Quintiliano Saldaña, 1917, pág. 197.

²² *La moderna Penología*. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I (único publicado), Bosch, Barcelona, 1958, pág. 16.

impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de una infracción criminal como retribución de la misma y con la finalidad de evitar nuevos delitos»²³. Que en éstas y otras muchas definiciones de ambición dogmática dicha síntesis esté lograda y que respondan con efecto a la imagen de la pena que rige los respectivos ordenamientos, no son cuestiones en las que debamos entrar aquí.

Rivacoba, por su parte, veía la pena como «un concepto infaltable y permanente en el Derecho, independiente de sus concreciones en los distintos tiempos y culturas»²⁴, o lo que es igual, como una categoría, un criterio *a priori*, universal y necesario, de ordenación de nuestras representaciones acerca de esta rama del Derecho, y en tales términos formuló su personal definición, la que posee, pues, un carácter filosófico.

He aquí, sin embargo, que antes de examinarla debemos consignar que ha habido numerosas y heterogéneas definiciones filosóficas de la pena. En los siglos del iusnaturalismo racionalista era cuestión urgente la secularización de las nociones jurídicas, y por tanto la de pena, y de tal guisa surgió la clásica definición de Grocio (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*)²⁵, que es también la de Pufendorf²⁶, y, un siglo después, inspirada en ambos, la de Lardizábal: «mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia, o por culpa»²⁷. Pero el esfuerzo por justificarla en la naturaleza racional del hombre y la comunidad asentada sobre dicha naturaleza²⁸, determinó que tales definiciones cargasen demasiado el acento en la cau-

²³ *Derecho penal*, 2.^a ed., anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Benéitez Merino. Akal, Madrid, 1986, pág. 509.

²⁴ *Función y aplicación de la pena*, cit., pág. 12.

²⁵ Sobre ella, *cfr.* RIVACOBA, *Los iusnaturalistas clásicos y el pensamiento penal*. Tirada aparte del volumen *Estudios en memoria de Jorge Millas* («Anuario de Filosofía Jurídica y Social», 2, 1984), Edeval, Valparaíso, 1985, págs. 8-9.

²⁶ Es muy interesante cuanto expone al respecto WELZEL, *La dottrina iusnaturalistica di Samuel Pufendorf*. «Un contributo alla storia delle idee dei secoli XVII e XVIII», a cargo de Vanda Fiorillo. Giappichelli, Torino, 1993, pág. 129.

²⁷ *Discurso sobre las penas*, ed. cit., pág. 20.

²⁸ SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 3.^a ed., 1995, *cfr.* pág. 164.

sa de la pena —la voluntad racional del delincuente, o sea, en definitiva, la faz subjetiva del delito— y que pasara a un segundo plano su esencia objetiva.

Tampoco los penalistas de la llamada Escuela clásica dejaron de incurrir en ese y otros errores. Carmignani entendía la pena como «el mal que se impone al delincuente por causa de sus delitos»²⁹, y Carrara, no obstante proclamar que las definiciones deben atender únicamente a los caracteres constitutivos de lo definido, sin fijarse en sus causas ni en sus fines, la concibe como «*aquel mal que, de acuerdo con la ley del Estado, infligen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito, habiéndose observado las debidas formalidades*»³⁰. La referencia a la ley estatal circunscribe dogmáticamente y relativiza históricamente el concepto de Carrara, y ese empecinamiento suyo y de Carmignani —y de Welzel³¹ y miríada de criminalistas contemporáneos— en decir que la pena es un mal, lejos de asirla en su esencia ontológica, la malinterpreta como si de una *idea* se tratase.

Y la pena no es una idea. Las ideas constituyen pensamientos que ponen en contacto una materia con un valor, y tienen siempre una cualificación ética, la nota de una licitud objetiva³²; son, pues, puntos de vista absolutos conforme a los cuales hay que calibrar el valor de la conducta humana y sus productos. Por eso, cada vez que se define la pena señalando que es un mal, se cae en el repetido paralogismo que la tiñe de reminiscencias éticas; en palabras de Hegel, «se hace lo esencial de la consideración moral y el aspecto subjetivo del delito, mezclado con triviales representaciones psicológicas sobre los estímulos y la intensidad de los resortes sensibles contra la razón»³³. El propio Rivacoba consideraba que esta cuestión de

²⁹ *Elementos de Derecho criminal*. Trad. de Antonio Forero Otero y revisión por Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1979, pág. 115 (§ 292).

³⁰ *Op. cit.*, págs. 379-380 (§ 584).

³¹ «La pena es un mal que se impone al autor por el hecho culpable». *Derecho penal alemán*. Parte general. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2.^a ed. castellana, 1976, pág. 326.

³² MAYER, *Filosofía del Derecho*. Traducción de Luis Legaz y Lacambra. Labor, Barcelona, 1937, *cf.* págs. 143-144.

³³ *Op. cit.*, pág. 107 (§ 99).

que la pena tenga que ser un mal (o un bien) es un sinsentido que debe ser desterrado de toda elaboración científica o filosófica, por cuanto, planteada en términos subjetivos, resulta que el delincuente puede experimentarla así como un dolor que como un placer, y si llevada al ámbito del interés social, entonces se busca resolver un problema jurídico con categorías morales o de pura sensibilidad, «desconociendo la diferencia de naturaleza y alcance entre ambos planos»³⁴. Algo semejante acontece con las definiciones que acoplan al concepto una alusión al fin de la pena, conforme apreciamos en la del hegeliano Pessina («acto de la sociedad que en nombre del Derecho violado somete al delincuente a un sufrimiento como medio indispensable para la reafirmación del Derecho»)³⁵, en la de von Hippel («mal que se impone en razón de un hecho antijurídico a su autor, con el fin de dar satisfacción a la conciencia jurídica lesionada y prevenir eventos semejantes en el futuro»)³⁶ y en otras que no mencionaremos en aras de la concisión, porque la de finalidad es siempre una idea y, de consiguiente, un criterio regulativo, que no debe figurar en y perturba la inteligencia de lo definido.

Cuando, a su vez, Rivacoba afirma que la pena es «la especie de sanción de carácter público y de mayor gravedad existente en el respectivo ordenamiento»³⁷, la ubica inmediatamente en la esfera de las *categorías o conceptos jurídicos fundamentales*, o si se prefiere, resuelve la entidad definida como una idea en el sentido kantiano de la palabra, esto es, un concepto necesario de la razón, al que no puede serle dado en los sentidos ningún objeto congruente, un criterio ordenador por medio del cual nos adueñamos de las circunstancias y los problemas de ese segmento de la realidad en que yace el Derecho punitivo.

Esta definición, por lo mismo que posee el signo de lo *a priori*, está grávida de corolarios aplicativos y amadriga, también, la adecuada caracterización abstracta del instituto —que aquí sólo es

³⁴ *Función y aplicación de la pena*, cit., pág. 20.

³⁵ *Elementos de Derecho penal*. Trad. por Hilarión González del Castillo. Prologado y adicionado por Félix de Aramburu y Zuloaga, y anotado por Eugenio Cuello Calón. Madrid, Reus, 1936, pág. 603.

³⁶ *Lehrbuch des Strafrechts*. Springer, Berlín, 1932, pág. 403.

³⁷ *Elementos de Criminología*. Edeval, Valparaíso, 1982, pág. 42; también en *Función y aplicación de la pena*, cit., cfr. pág. 8.

dable abocetar—. La pena es una especie de sanción. Pertenece, pues, al género de las consecuencias coactivas que el incumplimiento de un deber jurídico produce con relación al obligado. Y tales consecuencias se traducen en deberes, que son lo verdaderamente constitutivo de la sanción³⁸, y no en esa privación o restricción de bienes jurídicos que abunda en las definiciones dogmáticas de la pena. Esto de la privación o restricción de bienes jurídicos reconduce, *velis nolis*, al falso problema de que la pena sea un mal o deba poseer algún contenido aflictivo, de sufrimiento, para ser digna de este nombre, algo que Rivacoba rechazó enérgicamente: la pena, al igual que toda sanción, implica un juicio de valor y una desaprobación del acto sancionado, «cosas por entero extrañas e incluso poco conciliables con la causación de un dolor»³⁹. Además, al decirse sanción se mienta su presupuesto lógico insoslayable, que es dúplice: la verificación de un acto antijurídico. *Acción y sanción*, explica Bettiol, *son términos correlativos*, lo que es muy importante, ya que nos permite expulsar del ámbito de las sanciones la medida de seguridad, cuyo auténtico presupuesto no es un acto ni la violación de un deber, sino un *status* de aquel cuya conducta típica y antijurídica aparece sólo como la ocasión oportuna para someterle a una medida⁴⁰. En consecuencia, no hay vínculo, aproximación ni fungibilidad posibles entre pena y medida, aun bajo la férula del llamado sistema vicariante, que no es sino un súbdolo mecanismo de conversión en pena de las famosas medidas, cuyo genuino campo es, en cambio, muy exiguo y residual, el de los inimputables que hubiesen realizado un injusto típico. El monismo más riguroso, centrado en la pena, es la consecuencia lógica del concepto también lógico de ésta⁴¹. Y el acto materia de la sanción penal —como quedó dicho— tiene que ser *contra ius*. Beling pensaba que éste era uno de los rasgos característicos de la retribución —«sólo el hecho anti-

³⁸ En este sentido, GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, 48.^a edición, Porrúa, México, 1996, *cf.* pág. 299. De una «restricción de la esfera jurídica subjetiva del obligado» prefiere discurrir FROSALI, *Pena (Diritto penale)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, t. XII, 1965, págs. (816 y ss.) 817.

³⁹ *Función y aplicación de la pena*, *cit.*, pág. 82.

⁴⁰ *Diritto penale. Parte generale*, 12.^a edición, al cuidado de Pettoello Mantovani, Cedam, Padova, 1986, *cf.* pág. 783.

⁴¹ Parecidamente, MUSCO, *Misure di sicurezza*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, t. XX, 1990, págs. (1-10) 9.

jurídico hace posible que tenga plaza la retribución», escribió⁴²—; Bettiol y el propio Rivacoba participaron de la idea. Pero, atendido el presupuesto de toda sanción, ¿hay real necesidad de incomodar a la idea retributiva para alejar del Derecho penal la arbitrariedad, que no otra cosa representan las disposiciones coactivas adoptadas en contra de actos o situaciones que el Derecho no interdice, como los delitos de sospecha, de peligro abstracto, de desobediencia, etc.?

Que la pena tenga carácter público es una consideración útil y riesgosa a la vez. El fondo aprovechable de la caracterización yace en que proyectamos sobre su consecuencia coactiva una de las notas distintivas de ese plexo de normas llamado Derecho penal. Mas el dato de que en el ordenamiento existen otras sanciones de índole pública y ese prurito hodierno de erosionar los fundamentos de una de sus ramas, quitándole nervio a sus expresiones técnicas y privando de substancia valorativa a sus institutos —el talante que llama imprudencia a la culpa, sanción a la pena, etc., típico del moderno conceptualismo—, entraña el riesgo de que la pena aparezca, en efecto, como una sanción más. Mérito imperecedero de la definición de Rivacoba radica en que ella prenuncia el carácter concreto, individualizador que la pena debe asumir en su concepto dogmático, mas no extrae tal rasgo de la índole del precepto infringido y los bienes afectados, como hizo Bettiol, sino de la gravedad particular de la pena en el concierto de las sanciones jurídicas. La pena es aquella sanción que el ordenamiento reputa como la más grave, con entera independencia de la jerarquía o naturaleza de los intereses o bienes afectados por la conducta transgresora, del mismo modo que es persona aquel a quien el ordenamiento considera como un ser librevolente y fin en sí, sin importar el color de su piel, sus creencias religiosas, su orientación política o su nacionalidad.

3. Por lo demás, la categoría lógico-formal de persona⁴³, otro concepto jurídico fundamental, es el punto en que concepto y función de la pena se encuentran en el pensamiento de nuestro autor.

⁴² *Op. y ed. cits.*, págs. 52-53.

⁴³ «La personalidad encierra, en general, la capacidad jurídica y constituye el concepto y la base también abstracta del derecho abstracto, y es, por ello, *formal*. La norma jurídica es, por lo tanto: «*sé una persona y respeta a los demás como personas*». HEGEL, *op. cit.*, pág. 68 (§ 36).

Bien se sabe que Rivacoba fue uno de los más reputados retribucionistas en la doctrina hispanohablante del siglo XX. Pero es también noto que existen diversas maneras de llegar y proveer de contenido a la fórmula *punitur quia peccatum est*, tan vapuleada, denostada e incluso medio abandonada en nuestro tiempo, una época que ha convertido la retribución en palabra prohibida. Rivacoba fija la naturaleza (o lo que es igual, la función o finalidad) de la pena en una inteligencia muy precisa del individuo, es decir, en el postulado de ser el hombre, y por ende el penado, un sujeto de fines, portador, pues, de una dignidad eminente que se contrapone del modo más radical al designio de que cualesquiera poderes jurídicos de disposición pudiesen tratarlo como simple medio o precio de fines que lo superen o trasciendan, menospreciando su dignidad. «La retribución —anota— fluye de una concepción del hombre como ser capaz de conocimiento y voluntad, de autodeterminarse y de obrar conforme a valores, y, por ende, de dar cuenta, es decir, de responder de sus actos, fundando y justificando así, entre la variedad de sanciones para éstos, la sanción penal»⁴⁴.

No extrañará entonces que el sentido retributivo de la pena, dentro de la economía del pensamiento que comentamos, adquiere el carácter de una *idea*, del mismo modo que su presupuesto, «la libertad, que es un postulado del orden moral y del proceder racional del hombre, es asimismo un fin incondicionado, un principio regulador de nuestros actos, una idea»⁴⁵. Adviértase, en todo caso, que Rivacoba fue capaz de substraerse a la seductora, pero peligrosísima tentación de subyugar el indisimulable trasfondo moral que recogió para la definición jurídica del hombre en la filosofía kantiana, a una visión puramente ética de la idea retributiva. Un punto de vista semejante conduce por sus pasos contados a la afirmación de que la pena sería «la expresión más típica y señalada de aquella exigencia de que al mal debe seguir el mal, como al bien debe seguir el bien»⁴⁶, y al radicalismo idealista del *fiat iustitia*

⁴⁴ *Función y aplicación de la pena*, cit., pág. 43.

⁴⁵ *Configuración y desfiguración de la pena*, discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, del Instituto de Chile, Santiago de Chile, 1980, pág. 14.

⁴⁶ Así, sin embargo, BETTIOL, *El problema penal*. Traducción directa del italiano por José Luis Guzmán Dalbora y Prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 177.

pereat mundus. La justicia —admitido que exista en el espectro de la idea del Derecho— nada tiene que hacer aquí; sólo cuenta que la pena sea configurada de un modo congruente con la libertad y dignidad humanas. De ahí que nuestro autor asocie al sustento kantiano el indispensable matiz provisto por la noción de valor, y cuando define la retribución en materia penal como la desaprobación o desvaloración pública, que se expresa y concreta en la pena, de los actos de más grave trascendencia social, o sea, los delitos⁴⁷, la perfila simultáneamente con un riguroso acento jurídico. La pena expresa una ecuación de valores de exclusivo significado jurídico, pero en el entendido, también, de que no hunde su razón última, esto es, su justificación, en la necesidad de reafirmar el ordenamiento dentro de la espiral dialéctica de una construcción espiritualizada de la realidad, como en el idealismo hegeliano⁴⁸, que atribuye inconscientemente a ese fragmento del espíritu objetivo representado por el Derecho aquello que ciertamente no le pertenece, esto es, el signo de un valor autosuficiente y hermético. El Derecho no es un valor; pero sí hacen referencia a valores los objetos que el Estado legiferante recibe de la cultura de la comunidad, convierte en bienes jurídicos y protege con su aparato de sanciones, particularmente frente a sus atentados más graves. O como manifiesta el propio Rivacoba: frente a la negación que entraña el delito «de los valores consagrados por una comunidad y a cuya preservación considera ligadas su razón de ser y su organización y acción política y jurídica, el Derecho penal los reafirma mediante la reprobación y el reproche de los actos que los niegan, expresando y concretando tal reafirmación en su punición, es decir, denotando simbólicamente con ella la permanencia, en la sociedad, de sus aspiraciones valorativas y de sus ideales de vida»⁴⁹.

De sus *ideales* de vida, esto es, pensamientos en los que una idea y un fin se han aliado en indisoluble unidad y que expresan un valor absoluto y, a la vez, unas exigencias prácticas dirigidas a la realidad, reclamando aplicación⁵⁰; exigencias que, una vez cubiertas por la protección que les brinda el Derecho, toman el nombre y adque-

⁴⁷ *Función y aplicación de la pena*, cit., *cfr.* pág. 53.

⁴⁸ «Es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración». HEGEL, *op. cit.*, pág. 105 (§ 97).

⁴⁹ *Función y aplicación de la pena*, cit., págs. 83-84.

⁵⁰ MAYER, *op. cit.*, *cfr.* pág. 146.

ren la jerarquía de bienes jurídicos. De lo que se sigue que la retribución nada tiene que ver con el sentido de la pena según el funcionalismo sistémico ni, en general, puede combinarse con ninguna teoría de signo preventivo. El primero, porque degrada al individuo, lo aniquila como sujeto de fines y lo sacrifica en el altar de la autopoiesis y autoconfirmación de la sociedad, que es el todo, lo substancial, el verdadero sujeto de fines. «Ser persona —proclama Jakobs— significa tener que representar un papel. Persona es la máscara [...], no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino representación de una competencia socialmente comprensible»⁵¹; «persona es, por lo tanto, [aquel] a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho»⁵². En cambio, la figura del delincuente se recorta en el sistema funcionalista como una variedad desventurada de la especie humana, la de los súbditos infieles al Derecho, y de ahí que la pena deba recaer sobre estos accidentes empíricos que no consiguieron «adquirir suficiente lealtad al Derecho» como el simple medio de garantizar y reproducir, en un *in fieri* perpetuo, la identidad normativa y las funciones asignadas a los diversos grupos e instituciones humanos dentro del sistema social. La protección de bienes jurídicos carece de importancia, y la finalidad del instituto del que tratamos «se agota en que la pena significa la permanencia de la realidad de la sociedad sin modificaciones», abstracción hecha del efecto beneficioso que pudiese ejercer «en gran número de cabezas»⁵³. La palabra de orden es, pues, clarísima y no precisa ulteriores explicaciones: fagocitar al condenado en el nuevo ajuste del poder mundial, en la contraposición, no ya entre la forma externa democrática y la sociedad de clases por dentro, cual antaño, sino entre la primacía de quienes detentan las posibilidades de producción o consumo y la exclusión sorda de grupos humanos mirados —cuando se les mira— como materia de descarte económico y desprecio social.

⁵¹ *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, en *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2000, págs. (19-57) 38.

⁵² *Sobre la teoría de la pena*. Trad. de Manuel Cancio Meliá, en *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, cit., págs. (59-75) 64.

⁵³ *Ibidem*, pág. 75; es decir, la fuerza moral objetiva o resultado moral de la pena, en la nomenclatura de CARRARA, *op. cit.*, *cf.* pág. 414 (§ 631).

Aunque menos ostensible que en la anterior, el telón de fondo transpersonalista y substancialista no está ausente en las doctrinas de la prevención especial (da lo mismo si negativa o positiva) y de la prevención como vehículo de intimidación o advertencia generales, contra las que Rivacoba hubo de dirigirse especialmente por considerarlas incompatibles con la imagen del hombre que inspira a la retribución. «Toda concepción de la pena como medio para fines extrínsecos a su propia entidad —escribe— termina siempre, se quiera o no se quiera y por más vueltas que se dé al problema, en la utilización del individuo como medio para fines ajenos a sí mismo, con el consiguiente desconocimiento o menosprecio de la dignidad humana»⁵⁴. Pero él hizo ver, también, que el preventivismo no sólo emplaza al hombre en el círculo de los seres determinados a obrar y, de suyo, en el de los instrumentos que pueden ser utilizados para provocar consecuencias de profilaxis social, sea en el propio sujeto agente (prevención especial) o en los demás (prevención general), sino, y precisamente por su peculiar enfoque de aquél, nos descubre el rostro auténtico de su fuente inspiradora, que es, en la prevención especial, «una actitud soberbiosa, muy pagada de su superioridad, que no ve en quien delinque más que un ser inferior y desgraciado, por el que íntimamente no se puede sentir sino desagrado y conmiseración y al que, en un ademán paternalista y desprendido con que ante todo se refuerza o reafirma la propia personalidad, se debe ayudar o mejorar», y en la general, «un poderoso afán discriminatorio y una fe decidida en la violencia»⁵⁵, afanes y fe que rematan en el sometimiento de unos hombres por otros, la destrucción de la voluntad de convivir y, en definitiva, en esa espantable perspectiva que con sumo acierto Ruiz Funes calificó de *defensa social por el terror*⁵⁶. Y es que, yendo a su raíz, la de la prevención no constituye una idea, sino un *fin*, o sea, un principio estimativo de puro carácter práctico, un criterio de utilidad adiáforo desde el punto de mira ético; y comoquiera que los fines son portadores de un contenido que encierra a la vez aspectos valiosos y disvaliosos, no hay que extrañarse de que en su concreción empírica el magisterio punitivo por ellos orientado pue-

⁵⁴ *Configuración y desfiguración de la pena*, cit., pág. 18.

⁵⁵ *Función y aplicación de la pena*, cit., pág. XII.

⁵⁶ *Actualidad de la venganza* (Tres ensayos de Criminología). Editorial Losada, Buenos Aires, 1943, *cfr.* pág. 120.

da extraviarse en los insondables meandros de lo irracional y llegar incluso al aniquilamiento más grosero de la individualidad, que es dignidad, del hombre.

Muy por el contrario, la retribución, para nuestro autor, obedece a una concepción política de bases individualistas y racionalistas. Es curioso y hasta anecdótico que ese gran partidario de la retribución que fue Ernst Beling sustentase el temperamento de que la polémica de las *doctrinas penales* no es un campo de lucha entre contrapuestas concepciones del mundo o criterios políticos de partido —«los tópicos “conservador” y “liberal” nada tienen que buscar aquí», sentenció⁵⁷—. Y sobre la más acotada doctrina de la retribución, Bettiol hizo la parecida observación de que ella no está ligada necesariamente a ninguna concepción política determinada, aunque acto seguido reconoce que en el campo del Derecho penal el individuo queda tutelado del mejor modo a través de la teoría de que hablamos⁵⁸. Este último pensamiento recibe particular desarrollo en la obra de Rivacoba, para el cual, si bien en el plano de los hechos se ha retribuido en diversas épocas y lugares y con los fines más dispares, no bien uno la refiere al ámbito de las ideas y los principios, extrae la consecuencia de que la retribución sólo se aviene con una concepción política que contemple la sociedad como «un conjunto pluralista de seres libres y diversos, que, no obstante, se consideran iguales en dignidad y prójimos o hermanos en la tarea de vivir, que se guardan celosamente de cualquier intromisión en la interioridad del otro y coartan el mínimo de la libertad de cada uno para hacer compatibles entre sí las de todos»⁵⁹; o sea, con una comunidad de ciudadanos y una organización liberal y democrática de la vida pública.

Sea de ello lo que fuere —puesto que en su realidad histórica el liberalismo político ha concedido sus preferencias penales unas veces a la prevención y otras a la retribución—, pocos como el Maestro han sabido expresar el lazo que ata esta circunscrita y dura parcela de la realidad constituida por la pena a sus condicionamientos políticos. Que el miope y adocenado mundo de la «globalización» no los vea

⁵⁷ *Op. y ed. cit.*, págs. VIII-IX.

⁵⁸ *Diritto penale*, ed. cit., *cfr.* págs. 805-806.

⁵⁹ *Función y aplicación de la pena*, cit., pág. 72.

o, mejor dicho, una mano interesada quiere que no los descubra, en nada amengua, sino reafirma, los méritos de un escritor que siempre estuvo por encima de las tergiversaciones y falsificaciones ideológicas de la realidad. Pues, como escribió Rousseau y Lion Feuchtwanger recuerda en su espléndida biografía novelada de los últimos días del gran ginebrino, «*si se va a las raíces, todo resulta relacionado con la política*»⁶⁰.

⁶⁰ FEUCHTWANGER, *Una luz en los abismos*. «Genio, tragedia y gloria de Jean-Jacques Rousseau». Traducción de María Teresa Domínguez de Garza. Editorial de Ediciones Selectas, Buenos Aires, 5.ª ed., 1964, pág. 162.