

CORSI E RICORSI

LA VUELTA DE VON LISZT

1. *Todo vuelve. La crisis positivista*

No se repetirán los hechos, pero sí los ciclos. Y en nuestro Derecho penal se producen periódicamente las crisis. No me refiero a la *Neue Revision* de Koestlin ¹, que complementa la de Feuerbach ², sino a crisis más hondas. La llamada "Scuola positiva" produjo una intensísima en nuestra disciplina, en la que se intentó trabajar con los métodos experimentales propios de las ciencias de la naturaleza. Señaló esta crisis, con palabras de gran nobleza literaria, Bernardino Alimena, el malogrado profesor de Módena, en 1910. Comenzaba así su bellissimo prólogo: "Ogni scrittore é prima di tutto e sopra tutto un temperamento; onde non é possibile giudicare un libro in maniera ecqua se non ci si mette in un certo senso dal

¹ *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845. Esta obra, que representa la culminación hegeliana en nuestra rama jurídica (tendencia en la que inspiran también sus *Lehrbücher* Abegg y Berner), se estima tan importante que ha sido reimpresa ahora mediante el sistema fotográfico, como tantas más (las de Bierling, Wilda, Engisch y tantas más, así como otras muchas que están anunciadas, etc., como *Die Normen* de Binding).

² *La Revision des peinlichen Rechts*, publicada en dos vols. en 1799-1800, también ha sido reproducida ahora por el procedimiento fotográfico ya mencionado.

punto di vista di chi lo a scritto. Questo, che sempre é vero, é vero a maggior ragione per la scienza nostra, che in questa ora attraversa la crisis piú intensa" ³.

2. *La crisis de ahora*

Desde 1930 nuestra dogmática acusa otra crisis. La produce Hans Welzel y es, como no ha dejado de señalar Bockelmann ⁴, un verdadero sismo sistemático. La teoría de la "acción finalista" —que impera hoy entre los jóvenes italianos, como Santamaria ⁵; españoles, como Cerezo Mir, el hasta ahora más correcto traductor de Welzel⁶; e iberoamericanos, como Enríque Bacigalupo en la Argentina ⁷, y Juan Bustos en Chile, que ha vertido al castellano el *Derecho penal* del profesor de Bonn, sobre la 10ª edición alemana ⁸—

³ *Principii di Diritto penale*, Nápoles, Pierro, 1910, tomo I, pág. XV.

⁴ *Ueber das Verhaeltnis von Taeterschaft und Teilnahme*, Goettingen, Verlag Karl-Friedrich Fischer, 1949, págs. 22 y sigs. (recogido luego en el volumen de artículos del autor *Strafrechtliche Untersuchungen*, Goettingen, Schwartz, 1957, págs. 49 y sigs.).

⁵ *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Nápoles, Jovene, 1955.

⁶ Ha vertido al castellano *El nuevo sistema del Derecho penal*, de Hans Welzel, Barcelona, Ariel, 1964.

⁷ Vide sus dos obras *La noción de autor en el Código penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, y *Culpabilidad, dolo y participación*, Buenos Aires, Ed. Alvarez, 1966.

⁸ En todo lo por él escrito demuestra, además, su convicción finalista. Vide, especialmente, *Culpa y finalidad (Los delitos culpa-*

no sólo se refiere, como el nombre lo indica, al concepto final de la acción delictiva, sino que transforma radicalmente el sistema de nuestra disciplina al situar en el injusto típico todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, dividiendo el tipo en objetivo y subjetivo y llevando a éste la "intención" (*Vorsatz*); relegando la culpabilidad a un capítulo postrero, de la que se han extraído los elementos meramente psicológicos, y llevando a otro posterior, como "delitos especiales", no sólo los hechos "culposos", sino los delitos de omisión, sobre los cuales ha escrito Armin Kaufmann ⁹, con el resultado de dividir de manera completa los delitos de acción y los delitos de omisión, como mucho antes lo había hecho Gustav Radbruch ¹⁰.

3. ¿Nueva crisis?

No deja de ser un tanto desconcertante que entre los nuevos penalistas alemanes, tan versados en filosofía, se den antinomias internas. Un tratadista como Hans Welzel, que nos atreveríamos a decir, con suma prudencia, que es social y políticamente conservador, más bien se muestra racionalista en lo científico; en cambio, Bauer (muerto recientemente), que parecía en política más liberal, tiene un trasfondo irraciona-

tos y la teoría final de la acción), Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1967.

⁹ *Die Dogmatik der Unterlassungdelikt*, 1959.

¹⁰ *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlín, 1904, págs. 76, 131 y sigs. y 140 y sigs.

lista (con sus aproximaciones a Schopenhauer, a Nietzsche, etc.) peligrosamente cercano a la escuela de Kiel.

Ahora, como se verá al final, se inicia un retorno a los métodos naturales, se abomina de la pena como retribución (con lo que se pone en entredicho la "culpabilidad normativa"), y se vuelven los ojos a von Liszt y a su *Programa de Marburgo*. De esto es de lo que quiero ocuparme.

4. *Recuerdo de von Liszt*

Hace cincuenta años que murió Franz von Liszt, siendo profesor en Berlín y director del *Kriminalistisches Institut*, que así denominó, al fin, al que en sus comienzos fue intitulado *Kriminalistisches Seminar*, al ser creado en Marburgo en 1888. En él se formaron, aparte de buen número de alemanes que luego llegaron a profesores, una pléyade de extranjeros: el belga Brackfort, asesinado por los nazis al invadir Bélgica; el italiano Grispigni, los españoles Faustino Ballvé, Quintiliano Saldaña y quien esto escribe, además de los suizos Ernst Hafter y Ernest Delaquis ¹¹, adicto discípulo, este último, de von Liszt.

¹¹ De familia ginebrina, nació en Egipto, el 13 de noviembre de 1878, pero toda su formación fue alemana y, más propiamente, hisztiana. Sólo la venida de Hitler le hizo abandonar el país que tenía por suyo y la cátedra que regentaba en Hamburgo. Le conocí en 1913 y 1914, cuando yo era alumno del Instituto de Berlín y él Privatdocent, y muchos años más tarde, en 1933, la casualidad nos reunió en un vagón de ferrocarril. E. Delaquis se reintegraba

No haré aquí su biografía ni el repertorio de su obra, de que a buen seguro se ocuparán en estas páginas otros juristas con más autoridad que yo, pero me interesa recordar que Franz von Liszt, de origen húngaro y nacido en Viena, era primo del famoso compositor homónimo. El amor por la música se heredó por la hija del gran penalista, a la que escuchamos varias veces ejecutar en el piano obras maestras de su tío abuelo. Pero no fue sólo esa herencia, de tipo recesivo, sino otra más directa la que hizo que mi maestro Franz von Liszt tuviera la admirada musicalidad oratoria y la elegantísima armonía de sus escritos, cuya belleza recuerda, en su *Lehrbuch*, Edmund Merger ¹².

a su patria. Conversamos mucho y me hizo conocer el breve libro de G. Dahm y F. Schaffstein, *Liberales oder autoritaeres Strafrecht?*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933. En Berna tuvo destacadas posiciones oficiales. Volvimos a vernos en Ginebra cuando, él como delegado de Suiza y yo de la República española, concurrimos a las discusiones de la "Conférence internationale pour la répression du terrorisme", el año 1937. Por cierto, que ambos conseguimos que la expresión "orden público", tan expuesta a interesadas tergiversaciones políticas, no figurara en el texto de la "Convention pour la prévention et la répression du terrorisme", publicada por la Société des Nations en 1938. Luego, fue secretario de la "Commission internationale pénale et pénitentiaire" y murió en su democrática Helvetia el 1º de septiembre de 1951. Nos hemos extendido en esta nota sobre Ernst Delaquis, por parecernos imposible escribir sobre Franz von Liszt sin nombrar a quien fue su más querido discípulo.

12 *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, München-Leipzig, Duncker und Hum-bolt, 2ª edición, 1933, págs. 36 y sigs.

5. La vuelta de von Liszt

No sólo se escribió con sumo elogio sobre Franz von Liszt en vida del eximio iuspenalista ¹³, sino que, al morir, se publicaron muy sentidas notas necrológicas, en algunas de las cuales se valoran sus doctrinas ¹⁴. La mayoría de los juristas y profesores muertos agotan al término de su vida el interés de los colegas y discípulos, aunque con fines de erudición se consulten sus libros. No ocurrió así con Franz von Liszt. Aparte de haberse vertido su *Lehrbuch* a varias lenguas, entre

¹³ Vide: Prjwalski, *Le Prof. Franz von Liszt et ses opinions fondamentales sur le crime et le châtiment*, 1896; Emile S. Rappaport, *Le Professeur von Liszt*, en "Apéndice" a su obra *La lutte autour de la réforme du Droit pénal en Allemagne et les transformations du Droit pénal moderne*, Paris, Sirey, 1910, págs. 97-103 (en este Apéndice se da la bibliografía de von Liszt hasta 1910); Luis Jiménez de Asúa, *Franz von Liszt*, en la revista *Renovación española* (Madrid), del 30 de abril de 1918, recogido más tarde este artículo en *El Criminalista*, Primera serie, vol. VIII (Buenos Aires, TEA, 1948), págs. 252-260.

¹⁴ Los más importantes artículos conmemorativos fueron los de R. von Hippel y von Lilienthal, aparecidos en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. XL (1919), págs. 529 y sigs. y 535 y sigs., respectivamente; J. Goldschmidt, *Franz von Liszt*, en *Archiv für Kriminologie*, vol. LXXIII (1921), págs. 81 y sigs. Fuera de Alemania también se escribieron sentidas necrologías: Hafter, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXXII (1919), págs. 274-275; anónimo, en *Rivista penale*, agosto-octubre 1919, págs. 404-405; Filippo Grispigni, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*; este estudio del conocido penalista italiano se tradujo y publicó, muchos años después, en *Revista de Derecho penal* (Buenos Aires), 2º trimestre de 1945, págs. 105-110.

ellas al castellano ¹⁵, y reeditado por su discípulo Eberhard Schmidt, desgraciadamente mudando muchas de sus teorías con el fin de que la obra estuviera de actualidad ¹⁶, advirtamos que jamás dejaron de comentarse sus ideas ¹⁷, hasta los días de hoy, en que, por

¹⁵ Apareció traducida sólo la parte general, en tres vols. El primero lo vertió al español Quintiliano Saldaña, con copiosas "Adiciones" suyas; los otros dos los traduje yo, y llevan también "Adiciones" de Saldaña: *Tratado de Derecho penal*, Madrid, Reus, 1914-1916-1917. Era tan grande la fama internacional de von Liszt, que su *Lehrbuch* se tradujo además al portugués por Duarte Pereira, al griego por Krypiades, al servio por Wesnitch, al ruso por Eliassenwitz, al japonés por Okada, Abisco, Suni, y al francés por Lobstein.

¹⁶ Eberhard Schmidt publica la 23ª edición y después se imprimen la 25ª en 1927 y la 26ª en Berlín, Walter de Gruyter, 1932, en la que sólo aparece el volumen titulado *Einleitung und Allgemeiner Teil*. No creemos acertado el transformar las opiniones del autor por las de E. Schmidt, como se hace con mucha frecuencia. Quien va a consultar el *Lehrbuch* del famoso maestro quiere saber su opinión y no lo que hoy piensan los más recientes penalistas alemanes. Acaso, como hizo Aramburu con los *Elementi* de Pessina, y el propio Saldaña con la obra de von Liszt, pudo E. Schmidt, por notas bien diferenciadas del texto lisztiano, informar al lector de las nuevas teorías en nuestro ramo jurídico.

¹⁷ H. von Wedel, *Franz von Liszt gesichtliche Bedeutung als Ueberwinder des strafrechtliche Positivismus*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XLVII (1933), págs. 324 y sigs.; A. Baumgarten, *Die Lisztsche Strafrechtsschule und ihre Bedeutung für Gegenwart*, en *Schw. Z. f. Strafrecht*, 1937, cuaderno 1; Georgakis, *Geistgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts*, en el cuaderno 123 de *Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Leipzig, 1940; Gerard Simson, *Franz von Liszt und die schwedische Kriminalpolitik*, en *Festkrift tillägnad Karl Schly-*

los eternos *corsi e ricorsi*, parecen volver a estar de actualidad, como hemos dicho anteriormente ¹⁸.

6. *Die gesamte Strafrechtswissenschaft*

Antes de que explicara en su prelación berlinesa ¹⁹ el contenido de la ciencia del Derecho penal de conjunto, el pensamiento estaba ya cuajado, puesto que la revista que funda con Dachow en 1881, lleva el título, que conserva hasta hoy: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

Antes de decir el propósito de von Liszt de ampliar el contenido del Derecho penal, nos parece preciso señalar la época en que el gran maestro escribiera. Estaba saturada la atmósfera cultural del criterio de que sólo las ciencias naturales son ciencias y que el

ter, págs. 308 y sigs.; G. Radbruch, *Franz von Liszt. Anlage und Umwelt*, en el vol. *Elegantiae iuris criminalis*, 2ª ed., Basel, 1950, págs. 208 y sigs.; Eberhardt Schmidt, *Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts*, en *Festschrift für Julius von Gierke*, Berlín, 1950, págs. 201 y sigs., así como en muchas páginas de su excelente *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Goettingen, 1951; Jean Graven, *Franz von Liszt et le nouveau Droit pénal suisse*, en *Revue Internationale de Droit pénal*, 1951, págs. 209 y sigs.

¹⁸ Más tarde, en las notas de los números 26, 28, 29 y 32, se citarán la *Introduzione* de Alessandro Alberto Calvi y las obras de Fritz Bauer, J. Baumann y C. Roxin, en que se demuestra la actualización del pensamiento lisztiano.

¹⁹ *Die Aufgabe und die Methode des Strafrechtswissenschaft*, que luego recoge en sus *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, en dos vols., Berlín, 1905, vol. I, págs. 285 y sigs.

Derecho es acientífico. La filosofía positivista de Comte y de Spencer se infiltraba hasta en los estudios morales y políticos, y, sobre todo, la "Scuola positiva" triunfaba por doquier. A ella debe von Liszt mucho más de lo que confiesa. Cuando, en su *Lehrbuch*, se refiere a la tripartición de los delincuentes (*Augenblicksverbrecher* y *Zustandsverbrecher*, dividida esta última categoría en *corregibles* e *incorregibles*), subraya que ella no se debe "a los italianos", sino a su maestro vienés E. Wahlberg, e incluso pretende que las medidas de seguridad estaban organizadas en las obras de Klein, Stübel y von Grolmann.

Digamos, también, que von Liszt negó la existencia del "delincuente nato", citó lo menos posible a Ferri, y hasta en uno de sus artículos llegó a decir que en esos "naturalistas radicales tenemos los más peligrosos adversarios" ²⁰. Por todo ello dijo Georgakis que von Liszt, más que un "positivista ideal", fue un "idealista positivista" (ob. cit., pág. 8).

Filippo Grispigni, que fue su discípulo (acaso más bien alumno), destacaba en sus lecciones que von Liszt debía todo a los positivistas italianos y éstos nada al maestro austro-alemán. A fuer de imparciales diríamos que el propio Grispigni en su *Diritto penale* ²¹, a pesar de seguir llamándose positivista,

²⁰ *Die Zukunft des Strafrechts*, en la citada recopilación *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, págs. 11-12.

²¹ En la primera edición tituló el tomo I, *Corso di Diritto penale*, Padova, Cedam, 1932; el vol. II ya lleva el título de *Diritto penale*, y la segunda edición del primero (Milán, Giuffré, 1947) se denomina como consta en el texto.

divide en varios aspectos el Derecho penal, y en su obra se propone hacer dogmática. Más aún, al poner mano Ferri en asuntos legislativos, hace renuncia de sus más agudas convicciones, y su Proyecto de 1921 es la más clara abjuración de sus más caras ideas. Finalmente, señalemos que, en su última etapa, Ferri niega —con singular falta de memoria— que el positivismo no se caracteriza por la filosofía comtiana, sino por el método experimental, que hace arrancar de Galileo.

Diríamos, pues, que en última instancia, Ferri en sus días postreros y Crispigni en su tratado, más se aproximan a von Liszt que a su antiguo positivismo agresivo, dando así razón al maestro que ahora recordamos, al hacer medio siglo de su muerte.

Mas volvamos a lo que quiso significar con su *gesamte Strafrechtswissenschaft*. Supone, ante todo, la apertura del Derecho penal, que no puede ser mera dogmática, sino una disciplina compuesta, en la que conviven otros conocimientos heterogéneos, de carácter jurídico y criminológico, que von Liszt pretende fundir en esa "ciencia" con que cree superar el anti-cientificismo del Derecho. A la *Strafrechtswissenschaft* se le asignan estos cometidos: a) la formación de los penalistas, desde el perfil jurídico y criminalístico; b) la explicación causal del delito y de la pena, entendida como Criminología (etiología criminal), como Penología y como investigación histórica sobre el desarrollo de la delincuencia y de los sistemas penales; c) la elaboración de la Política criminal considerada como sistema de principios, investigados con la observación empírica, sobre la base de los cuales se proce-

derá a la crítica y a la reforma de la legislación penal.

En su *Lehrbuch* queda resumida esta noción de la Política criminal, que, lejos de ser "racionalista", como en los viejos tiempos de Beccaria, se ha de basar en el estudio de la somatología y psicología (Antropología) y en la estadística (Sociología criminal).

No deja de ser interesante la supervivencia del pensamiento lisztiano, en cuanto respecta a su concepción de la Política criminal y de sus fundamentos. Edmundo Mezger, que llevó a la realidad sus investigaciones psicológicas y psiquiátricas en las respectivas instituciones de Munich, hasta el punto de ser nombrado Doctor *honoris causa* en Medicina, tituló su libro (que se vertió al castellano por Rodríguez Muñoz con el nombre de *Criminología*) *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, Stuttgart, Enke, 1933. Ciertamente, que más adelante, al publicar sus *Studienbücher*, da al tercero de estos "cortos tratados" la denominación de *Kriminologie* (München-Berlin, Beck, 1951).

Esta ampliación del Derecho penal no dejó de ser criticada por la derecha y por la izquierda.

Los más conservadores, algunos de los cuales le tacharon de marxista, creen, como Birkmeyer, que deja reducido el Derecho penal a su mínima expresión ²²; los hitlerianos le imputaban haberse "reblandecido" ²³,

²² *Was laesst von Liszt vom Strafrecht übrig?*, Munich, 1907.

²³ Dahm y Schaffstein, *Liberales oder autoritaeres Strafrecht?*, Hamburg, 1933.

y los izquierdistas, haberse quedado a mitad de camino ²⁴. Jamás perdió su humor ante las críticas del primero. En cada *Kommers* que él presidía con su gran sable en ristre, se hacían alusiones irónicas a Birkmeyer, que nunca llegaron a lo irrespetuoso. Su imparcialidad era tal, que, según nos contaba Faustino Ballvé, que estudió con él en Berlín, fue von Liszt quien le recomendó el libro de Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, que se edificaba, desde el comienzo, con la crítica de la definición del delito dada por von Liszt.

En su afán de "compromisos", que tanto se le reprocharon, no deja de yacer más de una incongruencia. En efecto, von Liszt afirma que toda disciplina se distingue, más que por el objeto de estudio, por el método de investigación; y, por ende, el método que diferencia una ciencia, lo que la hace ser verdaderamente tal es la "explicación causal", es decir, el "conocimiento de un fenómeno a través de la causa que lo determina" ²⁵. En su *gesamte Strafrechtswissenschaft* habrá siempre una contradicción, ya que pretende abarcar en ella tanto el Derecho penal, entendido tradicionalmente como dogmática jurídica, como la Cri-

²⁴ En Italia también señala Calvi, en la *Introduzione* que luego se citará, que "Franz von Liszt no tiene el valor de dar el último paso: no osa sustituir íntegramente las penas con un sistema de medidas de seguridad por tiempo indeterminado, el juicio penal con una investigación antropológico-criminal, el tipo de delito con un tipo subjetivo de peligrosidad en la cual no se permita distinguir entre delito consumado e intentado" (pág. XXI).

²⁵ *Die Aufgabe und die Methode*, cit., en el lugar mencionado, pág. 29.

minología. Los métodos para construir aquélla y los que han de usarse en la indagación de ésta no son los mismos.

Nos interesa, antes de pasar al más importante tema, destacar que esa *gesamte Strafrechtswissenschaft*, aunque sin la ambiciosa unificación que von Liszt pretendió para científicar el Derecho penal, pervive en la aceptada diversidad de las que denominamos *Ciencias penales*. Así se conoce al Instituto chileno, a los Cursos de especialización fundados por nosotros, primero, en Madrid, en 1932, y en la Universidad de Buenos Aires en 1962, así como a la prestigiosa publicación española *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*.

7. La pena de fin

Ya dijimos que el llamado *Programa de Marburgo* tuvo como título *Der Zweckgedanke im Strafrecht* ²⁶. La *pena de fin* fue su gran hallazgo, pero no llegó a ella sin un análisis histórico para aclarar la pretendida antinomia entre el *punitur quia peccatum est* y el *punitur ne peccetur*. ¿Es la pena una retribu-

²⁶ Con el mismo título y algunos retoques se imprimió en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. III (1883), págs. 1 y sigs. El propio autor lo recogió después en su recopilación titulada *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlín, 1905, vol. I, págs. 126 y sigs. Erik Wolf hizo publicar el importantísimo trabajo en el cuaderno 11 de la colección *Deutsches Rechtsdenken*, Frankfurt, 1948, pero fue suprimida la parte polémica del escrito original. Recientemente se ha traducido al italiano: *La teoria dello scopo nel Diritto penale*, con una magistral *Introduzione* de Alessandro Alberto Calvi, Milán, Giuffrè, 1962.

ción como necesaria consecuencia del delito, o ha de tener un fin que trascienda esa esencia del castigo hacia el futuro (*ne peccetur*)? Entre los mismos clásicos, ¿no se reconoce ya un fin, al considerar el Derecho penal como protección de los intereses o bienes jurídicos?

Mediante la investigación histórico - naturalista, cree Franz von Liszt poder llegar a la conclusión de que la pena no puede ser sencilla y únicamente "retribución". De la reacción instintiva contra el reo no puede deducirse que la pena sea retributiva, ya que esa reacción era meramente objetiva, basada en la causalidad material y no en la culpabilidad. A juicio de von Liszt, aún en la más primitivas épocas se apercibe el fin de tutelar los bienes jurídicos y, poco a poco, el hombre adquiere la idea, la conciencia de ese fin. Acaso nadie haya visto mejor la diferencia entre la venganza primigenia y la concepción sociológica de la pena como Mieczyslaw Szerer ²⁷.

Cuando von Liszt lanza su *Programa de Marburgo*, la idea dominante era que la pena había de ser retributiva y que la justicia de la pena radicaba en su naturaleza ética. No lo cree así el gran maestro que, desde Marburgo, anuncia las nuevas doctrinas. La ética —a su entender— no justifica ni fundamenta la pena. Sólo el *fin* puede justificarla y la pena justa será la que mejor proteja los bienes jurídicos. Para von Liszt, la pena justa es la *pena necesaria*.

²⁷ *La conception sociologique de la peine*, traducción del polaco por Duval, París, Girard et Brière, 1914.

No se crea que por ello se abandonarán los fines de prevención general, ya que llega a demostrar lo absurdo de contraponer el *quia peccatum est* y el *ne peccetur*; es decir, que niega la antítesis entre represión y prevención, puesto que la concibe como "pena-defensa". La pena, concluye, es prevención actuada a través de la represión.

Por creer que el Código del Reich estaba enfocado al concepto retribucionista, ya que databa de la época en que rigió en Prusia (1851), le critica acerbamente y piensa que es necesario reemplazarle por otro, en que se reconozcan las distintas clases de delinquentes y se establezcan medidas de seguridad.

8. *La vuelta de von Liszt*

En Italia, Calvi, en cuya *Introducción* (cit. en nota anterior) no sólo se expone la *teoría del fin en Derecho penal*, sino que se señalan las contradicciones de von Liszt, se aprecia en todo su mérito la obra del insigne maestro y se reconoce su intento de síntesis.

Pero es ahora, en un grupo de penalistas alemanes, entre quienes figuran los más jóvenes, donde parece renacer la inquietud por lo escrito en el *Programa de Marburgo*.

Comencemos por Fritz Bauer²⁸, que, lo mismo que von Liszt, abomina del Código de 1871 por haberse apoyado ideológicamente en las concepciones de Kant y Hegel y sociológicamente en una noción del

²⁸ *Das Strafrecht und das heutige Bild vom Menschen*, en *Die deutsche Strafrechtsreform*, München, 1967, págs. 11, 23.

Estado correspondiente al *ancien régime* de Alemania: retribucionismo y autoritarismo. Sabido es que Kant, en su *Grundlegung zur Methaphisik der Sitten* (1785), construyó un riguroso sistema talional como expresión de la justicia, a pesar de que ya el Antiguo Testamento rechazó la retribución al relatar la muerte de Abel por Caín: "El Derecho y la Justicia actúan según su voluntad; son libres de toda reflexión real y de fines y objetivos reales" (pág. 12). Por su parte, Hegel sólo nos brinda la suma de dos negaciones: "del afecto del autor surge un afecto de la sociedad... que no es, sin más, justicia" (pág. 12).

En un todo de acuerdo con von Liszt, señala que, no sólo del Código del Reich, sino las leyes de reforma, que actualmente pasan de setenta, continúan basando el Derecho penal vigente en el retribucionismo, e incluso se aferran a él los recientes Proyectos, si bien se enmascara la idea de la retribución con el término *Schuldstrafrecht*, sin tener en cuenta que la imagen del hombre que contemplan tiene más de un siglo (pág. 13), a pesar de que ya Protágoras, en Grecia, buscaba un fundamento racional a la idea de seguridad social, despojándolo de conceptos religiosos y morales (pág. 14).

En el fondo, tanto el Derecho vigente como quienes hacen dogmática, no pueden menos de estar influidos, además de por la sociología, psicología, biología y psicoanálisis naturalistas, por las ideas de Schopenhauer y Nietzsche, así como de otros pensadores que creyeron que la real existencia del hombre reside en el corazón (pág. 15). Ciertamente, que esas in-

fluencias quedaron soterradas, pero a veces afloran en escritos y discursos.

En efecto, Schopenhauer rechazó la idea de la retribución, pues agregar a lo injusto un dolor no es más que odio (*Die Welt als Wille und Vorstellung*). E, inspirándose en él, escribe Fritz Bauer: "Kein Mensch hat die Befugnis sich zum rein moralischen Richter und Vergelter aufzuwerfen" (pág. 15). El propio Bauer recuerda (pág. 16) que Nietzsche vivió bajo el influjo del conocimiento de las nuevas ideas criminológicas de Lombroso, Ferri y von Liszt, y por ello exigió un nuevo y revolucionario Derecho (en *Morgenrote*, 1881), y hasta creyó en la identificación de culpable y enfermo. De aquí, que afirme Bauer que el tipo ideal del hombre del cual parte la filosofía clásica y que ampliamente ha hecho plasmar en la legislación y en la jurisprudencia, sea puesto en tela de juicio por las ciencias naturales y sociales. La conciencia del hombre está influida por la manipulación social, por las relaciones de producción, por los hechos del pequeño mundo en que vive (pág. 19).

La reforma penal en Alemania acepta mejor modificaciones formales que una renovación total, y por ello no puede respondernos las cuestiones que le presentamos (pág. 22). Para Bauer, la vetusta idea de la culpabilidad, en tanto que con ella se quiera significar algo más que la diferencia entre el dolo y la culpa, ha de ser reemplazada por el concepto de causa, lo que significa desmitologizar el Derecho penal. La terapia criminal debe concebirse como el intento de una programación de nueva dignidad humana (pág. 22).

Y termina Bauer, muy sarcásticamente, con estas palabras que von Liszt hubiera suscrito: "Nuestros proyectos pretenden ser cristianos; pero no lo son. El bíblico precepto «Mein ist die Rache» pone un límite a la idea de culpa-expiación, y a todo viejo o nuevo kantismo o hegelianismo. Santo Tomás de Aquino tomó en serio el «Mein ist die Rache» y llamó a la pena *poena medicinalis*, intervención medicinal para el mejoramiento del autor y el bien público. La ciencia moderna llega a los mismos resultados" (pág. 23).

Más claramente aún se refiere a von Liszt, poniéndole de actualidad, el profesor Jürgen Baumann ²⁹. "Los intentos de reforma —dice en el Prólogo— comenzaron propiamente en 1882 con el conocido *Programa de Marburgo* del gran profesor de Derecho penal Franz von Liszt. Desde ese momento se inicia el debate sobre la teoría de la retribución, que informa el Código de 1871, y una moderna concepción tendiente a educar y mejorar al hombre"; y también destaca, como Bauer, que las reformas, que, como hemos dicho, suman en total más de setenta, no han servido de mucho para orientar de otro modo la vieja ley de origen prusiano. Con harta motivo dice Baumann que el Proyecto de 1962 traería a la República Federal Alemana un Derecho penal conservador. Por ello, un grupo de profesores de lenguas alemanas, se han propuesto elaborar otro, que denominan "Proyec-

²⁹ *Vorwort* de Baumann, a la obra, en que colaboran otros autores, *Programm für eines neues Strafgesetzbuch*.

to Alternativo”³⁰. En un artículo más reciente dice, sin embargo, Baumann que el “fin” de la pena no contradice el principio culpa-expiación³¹, términos, estos últimos, que nos parecen impropios, como luego se dirá.

Concluiremos con la referencia a un trabajo de Claus Roxin, inserto en el volumen que prologa Baumann, en cuyo título incluso se habla del *fin de la pena*³². Con más prudencia que Bauer, dice que el límite de la intervención estatal mediante la pena, está dado por la culpabilidad del autor, a la que ciertamente no renuncia el “Proyecto Alternativo”. El tratamiento del hombre —alega Roxin— como libre, responsable y, en consecuencia, culpable, es la premisa en que se apoya el Estado de Derecho y nuestra ley fundamental (pág. 76). El principio de culpabilidad, tal como lo entiende el “Proyecto Alternativo”, protege la esfera de libertad del individuo contra la intervención del Estado. No se trata de interpretar abusivamente la “utilidad social”, sino atenerse a la cul-

³⁰ Vide nuestros artículos *El estado de la reforma jurídico-penal en Alemania Occidental y sus perspectivas*, en *La Ley*, tomo 123 (julio-septiembre de 1966), págs. 1107-1116; y *Proyectos de reforma del Código penal alemán*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n° 2, abril-junio 1968, págs. 123-145.

³¹ *¿Culpa y expiación como los más importantes problemas del Derecho penal actual?*, traducido por Gladys Romero, en *Nuevo Pensamiento Penal* (Buenos Aires), enero-abril 1972.

³² *Strafzweck und Strafrechtsreform*, en la citada obra *Programm für eines neues Strafgesetzbuch*, págs. 75-92.

pabilidad del autor para determinar la admisibilidad y medida de las sanciones.

Exagerando un tanto las virtudes del "Proyecto Alternativo", que es una obra heterogénea, en que cada autor ha puesto una parte de sus convicciones, el profesor Roxin dice que el cuádruple intento de aquel Proyecto consiste: *a)* en *eliminar del Derecho penal el carácter metafísico*, ya que lo que legitima la sanción penal no es la racional e insoluble idea de la retribución, sino la necesidad de la intervención para proteger a la sociedad, que de otro modo no puede conseguirse; *b)* en la *eliminación del carácter moral del Derecho penal*, ya que la pena sólo intervendrá a causa de la directa perturbación de la paz social y no por la oposición a la moral; *c)* en la *liberalización del Derecho penal*, puesto que la pena impuesta al delincuente no debe servir para intimidar a los demás, sino que debe adoptar una medida adecuada a la culpabilidad (no podemos menos de señalar el peligro de desguarnecer la prevención general, que, como decía J. Goldschmidt, es la única que hemos logrado asegurar los penalistas); *d)* en la *humanización del Derecho penal*, ya que la ejecución de la pena debe servir en general para la resocialización del delincuente, en tanto sea posible (pág. 77).

9. Conclusión

Franz von Liszt fue un positivista en filosofía —aunque haya negado Radbruch la versación en ella del famoso penalista— y también pretendió serlo en el método. En materia estrictamente jurídica fue, co-

mo le califica H. H. Jescheck, un secuaz del positivismo jurídico y legal ³³.

A nuestro juicio, a pesar de sus ironías para la dogmática, fue un exímio jurista. Su positivismo legal está patente cuando, después de haber postulado, en las primeras ediciones de su *Lehrbuch*, la corrección de los excesos a que conduciría la estricta aplicación de los delitos calificados por el resultado, mediante la exigencia de un elemento culposo en el resultado más grave, acabó diciendo que *de lege lata* no puede hacerse así, aunque esté de acuerdo con la crítica de Seuffert. En suma, sólo puede enmendarse la responsabilidad objetiva, a que esos delitos conducen, *de lege ferenda*. Como al fin se ha hecho.

Buscó el equilibrio entre prevención y represión con mejores expresiones que las usadas por Baumann (que trata ahora de conciliar el fin de la pena con la culpa-expiación). En efecto, si queremos mantener la doble función de la pena, como prevención general y prevención especial, así como la concepción normativa de la culpabilidad, forzoso es reconocer *la retribución como esencia de la pena*, y distinguir *el fin que con ésta pretendemos*. Ese fin es el que señaló von Liszt, dividiéndolo, según la clase de delinquentes a los que se apliquen las sanciones, en *intimidación*,

³³ *Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der oesterreichischen Lehre*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. LXXIII (1961) págs. 181 y 182.

corrección e inocuización, que tiene hoy la misma vigencia que cuando el gran maestro lo formuló.

Me importa, por razones personales, referirme a la ideología política de Franz von Liszt. Fue, ciertamente, un liberal de izquierda y no un marxista. ¿Qué profesor universitario se hubiera atrevido a proclamarse tal, estando tan cerca todavía la ley "contra los socialistas"? Pero en sus tendencias político-criminales se aproxima más al socialismo que al liberalismo de su época.

Por haber sido discípulo suyo, y por ser yo socialista, me incliné al positivismo en un momento de mi evolución cultural y hasta creí ver en el pensamiento de Ferri, sedicente "socialista", un porvenir jurídico-penal como lo pensaron los soviéticos al hacer su Código penal de 1922, aunque luego se desengañaron de la sinceridad del *capo* de la *Scuola*, y actualmente el Código ruso de 1960, a pesar de los leves retoques de 1964, se parece más a un Código de Occidente que a una ley socialista ³⁴.

Mucho antes nos habíamos desilusionado nosotros, refugiándonos en la dogmática y concentrando nuestras lejanísimas y casi imposibles esperanzas en una Criminología que en un porvenir, que vemos cada día más remoto, acaso reemplace al Derecho

³⁴ Marc Ancel expresa su desilusión por el giro que toma la legislación soviética; pero no ciertamente por no realizar el socialismo, sino la defensa social "nueva" con la que hace tantos años que sueña. Vide *Introduction a la réforme pénale soviétique*, París, Centre français de Droit comparé, 1963, págs. LIX y sigs.

penal. No se trata de una "inclinación" al positivismo criminológico, a la italiana, especie de devaneo que algunos nos han imputado, sino de convicciones político-sociales, de las que jamás he abjurado, y de las que muchos, desgraciadamente, se han arrepentido ³⁵ *.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

³⁵ No voy a referirme a quienes no merecen ser por mí nombrados, sino tan sólo a quien, en uno de los últimos números de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (tomo 80, Heft 2, págs. 455-456), escribe estas palabras, citándonos en tercer lugar, después de Beristáin y de Quintano: "Jiménez de Asúa war in seiner Zeit Schüle von Liszt, spaeter neigte er zum kriminologischen Positivismus. Heute ist wieder zu einer gemaessigteren Anschauung gekommen. Denn nach den politischen Erfahrungen der letzten Jahrzehnte legt er ein grosses Gewicht auf die Strafrechtsgarantien und betrachtet die Vergeltung als Wessensmerkmal der Strafe". Cierto, que el autor de estas frases jamás fue mi discípulo, pero su largo trato conmigo durante veinte años, antes de la guerra española, le obligaba a conocer mejor mis ideas jurídico-penales, políticas y sociales... , pero sobre todo la rectitud de mi pensamiento.

* Se ha reproducido en estas páginas, con las debidas autorizaciones y corrigiendo algunas leves erratas de imprenta, el artículo de don Luis Jiménez de Asúa que con el mismo título publicó primero en castellano la revista *Nuevo Pensamiento Penal*, de Buenos Aires, año 1, número 2, mayo-agosto de 1972, págs. 191-203, a la cabeza de la sección *Doctrina* de dicho fascículo, y bajo el epígrafe "*Corsi e ricorsi*", *Die Wiederkehr Franz von Liszts*, antes, en alemán, la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*Revista de la ciencia conjunta del Derecho penal*), de Berlín, tomo 81 (1969), fascículo 3, págs. 685-699, en la sección que dedica a conmemorar el quincuagésimo aniversario de la muerte de von Liszt. (*Nota del editor*).