

LA EVOLUCION DEL PENSAMIENTO PENAL EN ALEMANIA*

Peter Walter Ashton

Decano en la Facultad de Derecho de la Universidad
Federal de Río Grande del Sur, en Porto Alegre (Brasil)

INTRODUCCION: RAZON Y FIN DE LA PENA

¿Por qué debe ser punido el delincuente? ¿Qué se pretende obtener con la aplicación de la pena? El problema a que se refieren estas preguntas, o sea, el de la explicación y la justificación de la pena, es antiguo, y hasta hoy no se ha encontrado una respuesta aceptada por todos.

Todas las tentativas de resolver esta cuestión, *vexata quaestio*, parten de tres proposiciones. Para las teorías absolutas, la pena es retribución y expiación: retribución de la sociedad, impuesta por el Estado, y expiación del acto perpetrado por el delincuente. Estas teorías no se preocupan de combatir la criminalidad. Su principio es: *punitur quia peccatum est* (se pune, porque se ha realizado un delito).

El representante más famoso de tales teorías es Immanuel Kant (1724-1804). Bien conocido es el ejemplo que puso: si una sociedad civil que habitase en una isla decidiera, por acuerdo de todos sus miembros, disolverse y abandonarla, dispersándose por el mundo, el último asesino preso y condenado tendría que ser ejecutado, antes de dejar finalmente la isla, por el último miembro del pueblo para que cada uno reciba la punición que corresponda a sus actos y no pese sobre el pueblo una deuda de sangre. Según Kant, las leyes penales obligan a todos los hombres a no disminuir o lesionar la libertad externa de sus conciudadanos, y constituyen imperativos categóricos que deben ser obedecidos sin discutirlos.

Su discípulo Hegel (1770-1831) enseñó que el delito es la negación del Derecho, o sea, algo negativo. Ahora bien, esta negación es negada, a su vez, por otra negación, la pena, que recompone el orden jurídico. Por tanto, la pena es una negación de otra negación, necesaria para el mantenimiento y la existencia de dicho orden.

En cambio, las teorías relativas se preocupan de señalar a las penas fines u objetivos extrínsecos. Bien se las puede caracterizar con la sentencia del filósofo romano que educó a Nerón, Séneca (4-64): *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur* (nadie que sea prudente pune porque se ha delinquido, sino para evitar que se delinca).

Su preocupación central es, pues, evitar la perpetración de delitos en lo futuro, la prevención de la criminalidad. Dependiendo de aquel sobre quien debe ejercer influencia y efectos la aplicación de la pena, hay dos especies de

* Traducción del portugués por Nicole Duclos Toporowicz, Ayudante de Derecho Penal en la Universidad de Valparaíso.

prevención. Para algunos, puede recaer sobre terceros, que de esta forma serán intimidados para no delinquir. Son las teorías de la prevención general, de las cuales se puede citar como ejemplo, en Italia, a Beccaria (1738-1794), que afirmó en 1764 que la razón de que se castigue no es la retribución ni la venganza, sino evitar que se perpetren delitos, y a quien se opuso expresa y terminantemente Kant. Pero el representante más famoso de esta dirección fue Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), a quien pertenece la idea de la coacción psicológica sobre los potenciales delincuentes, de manera, pues, que por temor a la pena se vean impedidos psicológicamente de delinquir.

Para otros puede recaer sobre la persona misma del delincuente, y se tiene así las teorías de la prevención especial. Prescindiendo aquí de las teorías antiguas de la prevención especial, como las de Christoph Carl Stuebel (1764-1827) y Karl Ludwig Wilhelm von Grolmann (1775-1829), el representante más famoso de la moderna prevención especial es Franz von Liszt (1851-1919). Según esta teoría, el delincuente deberá ser segregado de la convivencia social, mediante las medidas de seguridad, o amenazado para que no realice delitos en lo futuro o resocializado mediante el proceso de ejecución de la pena para que se reintegre a la sociedad. Cuando se trate de un delincuente particularmente peligroso, se podrán tomar medidas especiales de seguridad para que mejore su comportamiento, con el fin de evitar en la medida de lo posible delitos futuros; medidas que, a la inversa de lo que acaece con la pena, no implica un juicio de desvalor ético social.

Y, en fin, las teorías de la unificación, o unificadoras, tratan de comprender la naturaleza de la pena, a partir de una combinación de las explicaciones y justificaciones contenidas en las teorías precedentes.

El Código Penal que rige en Alemania incorpora elementos de todas ellas y representa un compromiso entre las diversas concepciones predominantes en la actual política criminal de aquel país. Así, el parágrafo 46, apartado 1º, parte, para cuantificar la pena, de una concepción absoluta, o sea, de la retribución, pero también toma en consideración las consecuencias que cabe esperar de la pena para la vida posterior del delincuente en la sociedad, es decir, la prevención especial; y en los parágrafos 47 y 56 están nítidamente presentes elementos de prevención general, cuando dice "para proteger el orden jurídico". Asimismo, el parágrafo 2º de la ley de ejecución penal considera de igual valor e importancia el designio de resocializar al delincuente y el de defender a la sociedad, protegerla, de otros delitos futuros del condenado.

En la práctica penal alemana el discurso de la retribución de la pena gana en importancia, en la medida en que aumenta la gravedad de ésta, y se abre espacio a la resocialización en la medida en que el delito es menos grave.

LOS CAMBIOS DE LA ESTRUCTURA SOCIAL Y DE LA CONCEPCION DEL ESTADO Y SU REPERCUSION EN EL PENSAMIENTO PENAL DE LA ALEMANIA DEL SIGLO XIX

El pensamiento jurídico del siglo XIX, que creó el Estado constitucional y los Códigos Penal y de Procedimiento Penal con una orientación liberal propia del Estado de Derecho, era producto del ciudadano, de aquella clase media culta de la que surgieron los grandes pensadores, poetas y músicos de la época y cuyas realizaciones en los campos de la cultura, de las ciencias, de las artes y de la técnica le otorgaban el derecho de participar en la determinación

del futuro político de cada pueblo. En esta figura abstracta del "hombre ciudadano", muy bien definida, en relación a Alemania, por W. H. Riehl y por el famoso Gustav Freytag, pervivían la ética kantiana y el humanismo que desde los albores de la Ilustración fueron las fuerzas impulsoras en la historia del Derecho Penal alemán. En tanto en cuanto este tipo humano, esta clase media culta podía ser considerada como representativa del pueblo alemán, estaba justificada la consideración del pensamiento y las ideas liberales respecto al Estado de Derecho, y la del pensamiento jurídico-político acerca del Derecho Penal, como el pensamiento correcto, y también era correcto considerar el Derecho Penal de él oriundo y por él generado, como el auténtico Derecho Penal alemán.

Una de las tragedias de la historia del Derecho del pueblo alemán es que, a partir del momento cronológico en que los conceptos liberales del Estado de Derecho, de la Constitución y de las instituciones jurídicas en general podrían haberse afirmado y comenzado a funcionar, el tipo humano antes descrito, el "hombre ciudadano", dejó de representar legítimamente la verdadera estructura social del pueblo alemán de aquella época. El formidable desarrollo de la técnica en Alemania, a partir de la quinta década del siglo XIX, el gigantesco incremento económico e industrial a raíz de la unificación del pueblo alemán en un solo Estado en 1871, el surgimiento de las grandes ciudades y las concentraciones industriales, aunque tuvieran resultados deslumbradores en el área de la cultura, crearon también enormes concentraciones de masas de trabajadores y de miseria, que fueron los núcleos de tremendas tensiones sociales y políticas. Se forma el cuarto estado, el proletariado, que pasa a ser un factor político con posiciones antagónicas a cuanto hasta entonces había representado la clase media; factor político con repercusión e importancia cada vez más acentuadas. El peligro que estos brutales contrastes sociales significaba no fue reconocido, e incluso fue ignorado, por aquella parte de la burguesía que sustentaba el progreso económico y representaba el sector más rico de la clase media alemana.

En este liderazgo de empresarios, oriundos, casi todos, de la clase media, que debería haberse mantenido fiel a los principios ético-liberales, comenzaron a manifestarse preocupantes cambios de naturaleza moral. Se perdió la idea liberal tal como fue delineada por Kant, con su caracterización por el imperativo categórico y su compromiso humanístico en relación al hombre y a todo lo humano.

Para la nueva clase empresarial alemana de las tres décadas últimas, principalmente, del siglo pasado, *liberal* significaba libertad incondicional de todos los principios y compromisos éticos, para poder concentrar todas las fuerzas disponibles en la caza sin tregua de riqueza y de honor y gloria externa. El idealismo moral, del que partió la influencia intelectual del liberalismo en los inicios del siglo XIX, tuvo que ceder, con honrosas excepciones entre los líderes empresariales de aquella época, a un craso y vulgar materialismo, totalmente ciego para la gran tarea social de asegurar al nuevo cuarto estado, al proletariado, condiciones humanas de sobrevivencia que le asegurasen una participación en las conquistas económicas y culturales de los nuevos tiempos. También faltó en los líderes empresariales y en la clase media asegurar a los obreros un sentimiento de comprensión y preocupación por sus problemas, colaborando a su solución e infundiendo al mismo tiempo confianza, amor y respeto hacia el Estado de Derecho que estaba surgiendo.

Contra lo que era de esperar, en el proletariado industrial alemán se formó a finales del siglo XIX la mera expectativa de una existencia abyectamente pobre

y masificada. Ciertamente es que el Estado constitucional y de Derecho ya existente entonces en Alemania aseguraba también a estas masas las *libertades* individuales, pero en la situación de miseria en que el proletariado industrial se encontraba tales libertades sólo podían significar distorsiones casi inútiles. ¿De qué les servía el principio de libertad contractual, cuando los contratos de trabajo eran dictados todos por empleadores económicamente poderosos? ¿De qué servían el concepto y la idea abstracta de existencia de una personalidad autónoma y moral, cuando su vida diaria se resumía en coerción, prisión y falta de libertad? ¿De qué le servía todo ello, cuando su *completa dependencia e insuficiencia* se le venía encima en el preciso momento en que, perdiendo el empleo, pasaba a depender de sí mismo? La enemistad entre el "hombre ciudadano" y su propio pueblo empujaba al obrero proletarizado hacia otro liderazgo, hacia el liderazgo revolucionario, optando, no por la clase del ciudadano burgués, sino por la solidaridad internacional de la clase obrera. El proletariado industrial alemán del último tercio del siglo XIX quería ser incorporado a la sociedad civil y exigía que el Estado le prestase muchos más servicios que el ser una mera institución de protección de derechos. Este proletariado pasó a exigir que el Estado fuese omnipresente para él, que garantizase una existencia segura y que proporcionase, no solamente seguridad, sino también sentido y contenido para la vida.

La función y la concepción del Estado no podían permanecer sin tocar por estos cambios fundamentales en la estructura social alemana. La evolución estatal sale de los caminos y carriles de una política meramente liberal y se dirige hacia un Estado con orientación política y social, hacia el Estado de bienestar social. Con esta nueva tendencia se dislocan las fronteras de la actuación del Estado en Alemania, y su relación con el individuo se coloca bajo la influencia de nuevos puntos de vista, de nuevas perspectivas y nuevas preguntas, alteraciones que afectan también extraordinariamente al pensamiento jurídico en el área del Derecho Penal.

LA IMPORTANCIA DE LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO

Volviendo ahora un tanto atrás, el racionalismo exagerado de la época de la Ilustración había sido atemperado ya por la escuela histórica del Derecho. De acuerdo con una posición que se puede considerar acertada, la Escuela Histórica del Derecho mostró que el Derecho positivo, el Derecho vigente en un determinado momento histórico, solamente puede ser comprendido en su totalidad y en su manera de ser como algo formado y conformado por el conjunto de la evolución histórica, y que, por tanto, el conocimiento y el saber histórico son los medios imprescindibles para obtener una actitud distanciada y crítica respecto a él, que permita un análisis intelectual seguro y autónomo. Estas son conquistas perennes de la escuela histórica, cuyos méritos no deben ser olvidados, ni descartada su metodología de investigación histórica, que siempre evitará una trivialización de las ciencias penales.

Entre tanto, el siglo XIX tuvo representantes de la Escuela Histórica del Derecho en Alemania que exageraron su influencia e importancia. En particular, el gran penalista Richard Loening exigía que el laboreo científico en el Derecho Penal se limitara a trabajar su materia desde el punto de vista histórico-evolutivo. Loening rechazaba cualquier análisis filosófico y *de lege ferenda* del Derecho Penal, recusación que defendía como un principio básico. Una posición

tan extremada llevó a una visión estrecha y al entendimiento erróneo de que el Derecho positivo sólo podía ser interpretado históricamente.

A partir de ella, apenas fue necesario un paso para llegar a una interpretación alienada de los hechos de la vida, desembocando en la jurisprudencia de los conceptos (*Begriffjurisprudenz*). Los defensores de esta nueva escuela pasaron a examinar el Derecho en general, y el Derecho Penal en particular, de manera unilateral, desde y por dentro, como si fuese un todo acabado y completo, conceptualmente autosuficiente. De las normas y de los conceptos propios de cada rama del Derecho eran obtenidos por el método inductivo los conceptos abstractos superiores del sistema, y éstos eran de seguido utilizados de rigurosa forma lógica para generar principios decisivos para aquellos casos que no hubieran sido objeto de una regulación positiva expresa. De esto resultaba un positivismo que despreciaba y descartaba por completo el fin de las normas individuales, distanciándolas de la vida práctica y operando con una metodología exclusivamente morfológica e interna o interiorizada. Tal procedimiento entraba en conflicto con la necesidad de una forma de observación del Derecho abierta o teleológica, que atendiese a los intereses de la vida y los fines de la legislación, para poder fijar el verdadero sentido y efecto de las normas jurídicas.

Nos ha parecido importante detallar la situación descrita, pues Loening, representante de la escuela histórico-positiva del Derecho Penal en Alemania, se manifestó del siguiente tenor, en el mismo año en que, por una de las extrañas coincidencias históricas, Von Liszt expuso su revolucionario *Programa de Marburgo*, al incorporarse a esta Universidad como profesor titular: "El Derecho Penal se presenta al futuro científico penal como un Derecho en evolución, en formación, que en esta evolución revela su orientación y su espíritu, y hace así posible a quienes lo estudian descubrir su significado y su espíritu, y no introducir en él otro significado. El Derecho Penal de nuestros días es, en cuanto a su espíritu y en relación a sus detalles y particularidades, un producto de la historia".

LAS CIENCIAS NATURALES

A mediados del siglo pasado, la idea de la evolución conquistó enorme importancia como principio informativo de la investigación. Los desarrollos de la teoría de la evolución tuvieron una expansión inmensa con la explosión de las ciencias de la naturaleza en la segunda mitad del siglo XIX. Cuando fue publicada la obra de Charles Darwin *El origen de las especies* en 1859, irrumpió con la mayor fuerza la teoría de la evolución. Aunque Darwin defendió siempre su teoría como una teoría de las ciencias naturales, fue imposible evitar que también la acogiesen las ciencias del intelecto y del Derecho, así como las sociológicas. En Austria y en Alemania, Adolf Merkel (1836-1896), que fue profesor de Von Liszt en Viena, se constituyó en el heraldo de la teoría evolucionista en el Derecho. Sus clases de Viena y la teoría evolucionista ejercieron profunda influencia sobre el joven Liszt y pasaron a integrar la base de su pensamiento jurídico y a constituir el punto central de su revolucionaria teoría penal, que sobrepasó todo el pensamiento jurídico que venía del siglo XIX, y echó los cimientos e iniciaría la evolución del nuevo Derecho Penal, de fondo sociológico, del siglo XX.

FRANZ VON LISZT Y LA ESCUELA SOCIOLOGICA DEL DERECHO PENAL

Von Liszt nació en Viena el 2 de mayo de 1851. Era hijo de una familia de aristócratas austríacos; casi todos, altos funcionarios del gobierno. Su padre, Eduard von Liszt, era procurador general ante el Tribunal Supremo austríaco, en Viena. El mundialmente famoso músico del mismo nombre era su primo carnal. Franz von Liszt era genial como jurista, hablaba con palabra arrebatadora y tenía en sus escritos un enorme dominio de la lengua alemana. Era persona de dotes poco comunes, intuitivo, observador genial y dotado de gran encanto personal, combinado con una gentileza impecable y una increíble capacidad de respuesta certera, pero lleno de bondad y de comprensión humana. Tales encomios eran ratificados también por sus muchos adversarios. Estudió Derecho en la Universidad de Viena entre 1869 y 1873. Sus principales profesores fueron también excepcionales: Joseph Unger, Rudolf von Ihering, Julius Glaser, Wilhelm Emil Wahlberg y el gran Adolf Merkel. De todos ellos, fue Ihering quien ejerció sobre él una influencia más duradera. La idea de fin, de la finalidad de la norma y del Derecho en general, y el penal en particular, se convirtió en la principal motivación de la obra científica de Liszt. Mas no fueron sólo los grandes profesores de Derecho los que influyeron en él. Austria padecía en aquel tiempo graves problemas. Se debe recordar sus grandes derrotas militares frente a los ejércitos prusianos, los problemas surgidos de la ocupación austríaca de Bosnia y Herzegovina, la oposición y los choques políticos y entre las nacionalidades, y el gran problema de la unificación con Alemania bajo la égida prusiana, que constituía un verdadero dilema hamletiano. Interesado desde la cuna por la política, lideró el Partido Nacional Alemán de la juventud académica austríaca, odió a Napoleón III y admiró al Canciller de Hierro, Bismarck. Nunca perdió su interés por la política, que determinó su postura científica. El Derecho Penal fue para él política criminal, lo que hizo posible más tarde la preparación de las reformas penales que proponía como jurista. Ya graduado, estudió también en Goettingen y en Heidelberg; obtuvo la habilitación para la cátedra en Graz el año 1875, fue libre docente allí, y seguidamente inauguró su carrera como profesor titular en Giessen en 1879. Tres años después fue a Marburg, en 1889 a Halle y en 1899 a Berlín, hasta jubilarse en 1916. Murió en Berlín el 21 de junio de 1919. Sus primeras obras jurídicas son: *Perjurio y falso testimonio: un estudio desde el punto de vista del Derecho Penal histórico* (1876), *El falso testimonio según el Derecho alemán y el austriaco* (1877) y *Manual de Derecho de imprenta austríaco* (1878); todas, dotadas de extrema capacidad de síntesis y de claridad. En 1881 publicó su *Derecho Penal alemán*, que alcanzó durante su vida veintidós ediciones, le consagró como gran dogmático y sistematizador del Derecho punitivo en Alemania y fue traducido a diversas lenguas, pasando a ser el libro de texto más importante de Europa.

Al iniciar su profesorado en Marburg en 1882, publicó su famoso *Programa de Marburgo: la idea de fin en el Derecho Penal*¹, con el que desencadenó la reforma del Derecho punitivo y un profundo cambio en la política criminal, superando revolucionariamente las concepciones penales entonces vigentes.

En 1893 escribió: "El individualismo liberal, que afirma con énfasis los intereses del individuo en su relación con la colectividad, el espíritu de la época

¹ Hay traducción castellana, Valparaíso, Edeval, 1984. (N. de la T.).

de la Ilustración y la Revolución francesa, que de ella resultó, nos trajeron una fuerte limitación del poder estatal de punir. La poderosa corriente socializadora que está comenzando a manifestarse, ¿se llevará o no de lleno al estado actual del Derecho Penal? Por mi parte, debo decir, con franqueza, que no me importaría mucho que el actual Código Penal, y sus intérpretes, elucidadores y aplicadores fuesen llevados por las olas. Vislumbro que el Estado socialista, que se está formando, va a afirmar los intereses de la colectividad ciertamente con más fuerza que lo hacemos hoy.

“Tal Estado socialista procederá así, porque obrará con más intensidad, con mayor certeza de sus fines y con mucho menos consideración hacia el individuo que se rebelde contra él. Por esto, le será necesario fijar los requisitos según los cuales el individuo y sus intereses deben someterse a la colectividad. También será necesario determinar los límites hasta los cuales se permitirá y admitirá la pérdida de protección legal del individuo. En mi opinión, aunque sea paradójico, veo al Código Penal como la *magna cartha* del criminal. En verdad, el Código Penal y sus normas no protegen ni a la colectividad ni al orden jurídico, sino al individuo que se rebela contra ambos. El Código Penal le asegura el derecho de ser punido solamente conforme a los requisitos legales y dentro de y de acuerdo con las limitaciones legales. La doble frase latina *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, es la máxima defensa del ciudadano contra el súper poder del Estado; defensa también contra el poder, sin consideraciones de ningún género, de la mayoría; defensa, en fin, contra el Leviatán. Hace años que defino el Derecho Penal como poder de punir del Estado limitado por la ley. Ahora puedo, asimismo, afirmar que el Derecho Penal es la barrera infranqueable de la política criminal”.

EL FULCRO DEL DISCURSO DE VON LISZT

Para Liszt, las ciencias penales tenían tres tareas, a saber:

- a) *Una tarea pedagógica de formación del penalista.* Esta formación debía ser doble: por un lado, la formación jurídica tradicional; por otro, complementada criminalísticamente. La criminalística significaba el conjunto de métodos y experiencias necesario para la comprobación de los datos, el descubrimiento y la entrega de los delincuentes a la policía, y la reconstrucción de las imágenes del acto delictuoso por la policía criminal, la fiscalía y el juicio; una ciencia o una rama del conocimiento que en aquel tiempo no había conquistado todavía un espacio autónomo en la formación científica de los penalistas.
- b) *Una tarea de conocimiento científico del delito y de la pena.* O sea, el empleo de la metodología de las ciencias naturales, que investiga, por un lado, las causas del delito como hecho individual y social, así como el tipo humano y las características del delincuente, y, por otro, las posibilidades y los efectos de la pena. Por tanto, para él, la Criminología y la Penología figuran entre las ciencias penales. A todo esto se debe sumar la indagación histórica de la evolución del delito, de la propia delincuencia y de los modos cómo a lo largo del tiempo ha reaccionado la sociedad respecto a tales o cuales actos delictivos.
- c) *Todo este conjunto de material empírico forma la base para la solución de la tercera tarea, la tarea de la política criminal.* Sirviéndose de la teoría de

la evolución, se debe inquirir la tendencia que seguirá en el porvenir la historia del delito y de las penas, para proporcionar al legislador las bases científicas que permitan el mejoramiento del Derecho actual y que le señalen los métodos de combate de la criminalidad que haya de preparar. El trabajo *de lege ferenda* que Loening rechazaba pasa así a ser una tarea importante y autónoma de las ciencias penales, con el fin de que el Derecho Penal contribuya a la disminución de la criminalidad y cumpla la finalidad social que de él se espera.

Por consiguiente, la labor del criminalista no se agota en lo jurídico. Debe cultivar las relaciones con ciencias naturales como la biología, la antropología, la psicología, la psiquiatría y la sociología.

Así procuró resolver Liszt el complejo problema de la punición estatal, sugiriendo y utilizando de forma genial nuevos métodos. Fue apoyado en esto por la Unión Internacional de Derecho Penal, que fundó en 1889. Por otra parte, Liszt reunió en sus famosos seminarios de Berlín penalistas relevantes, como Robert von Hippel, Ernst Rosenfeld, Eduard Kohlrausch, Moritz Liepmann, Alexander Graf zu Dohna, Ernst Hafter, Franz Exner, Ernst Delaquis, Gustav Radbruch, Herbert Engelhardt, Eberhard Schmidt y otros.

VON LISZT Y LA ESCUELA DE ANTROPOLOGIA CRIMINAL DE LOMBROSO

Von Liszt se mantuvo siempre reservado y crítico en relación con las investigaciones de Cesare Lombroso (1836-1909). Como jurista tenía graves dudas metodológicas acerca de las teorías de éste, pues el delito es un concepto jurídico. Es la ley la que dice lo que debe ser considerado delito; la ley cambia a lo largo de la historia, y lo que ayer era delito hoy no lo es. El conflicto con Lombroso era inevitable. Liszt entendía que se debían utilizar las observaciones empíricas y científicas para sondear el fenómeno delictuoso biológica y socialmente en la medida en que fuese posible, para de una vez por todas huir de las concepciones nebulosas de una construcción racional de la persona del delincuente. Quería conocer al delincuente como, en verdad, es; el enemigo tenía que ser conocido para poder establecer de manera crítica las medidas de defensa y adoptarlas de forma adecuada. Lombroso, en sus pesquisas relativas al *hombre delincuente*, aseguraba haber descubierto el *delincuente nato*, una especie del *homo sapiens* que presenta en su estructura anatómica y en su sensibilidad características antropológicas científicamente comprobables que permitirían concluir que se trata de un delincuente potencial. Sin discutir que Lombroso tiene el mérito inmortal de haber sido el primero en establecer el método de indagación causal en relación con una variedad enorme de delincuentes, focalizando así un haz de luz esclarecedora de muchos tipos criminales, y haberlo hecho con gran énfasis, quien determina lo que debe ser considerado delito es el legislador, en un ejercicio de estudio y observación valorativa de posibles comportamientos. ¿Cómo sería posible, entonces, que tales conceptos valorativos del legislador constituyan los límites y la naturaleza de fenómenos que se manifiestan en las ciencias naturales, como esta especie particular del *homo sapiens* caracterizado por Lombroso? ¿O cómo sería posible, por otra parte, que el concepto jurídico de delito, que está sometido a los cambios de las valoraciones sociales en el tiempo, determine la formación de los conceptos de las ciencias naturales?

Todos sabemos que los objetos empíricos de las ciencias naturales, en su *ser así*, son totalmente independientes de las valoraciones humanas. Por ende, Liszt consideró erradas las posiciones que miran al delincuente de acuerdo a una concepción *puramente* biológica, o sea, una concepción del criminal, según sus características físicas y mentales. Para él no existe un tipo antropológico de delincuente, y opone a la teoría antropológica de Lombroso la suya sociológica, mas no la opone con exclusión de la antropología, sino en el sentido de que los estudios sociológicos en unión con los antropológicos puedan auxiliar en el esclarecimiento de las razones del delito.

VON LISZT Y LA ESCUELA CLASICA: LA LUCHA DE LAS ESCUELAS

La escuela moderna de Liszt colidió luego con la escuela clásica, cuyo principal representante en Alemania era Karl Binding (1841-1920), sucesor, en este aspecto, del pensamiento de Kant y Hegel, que defendía la teoría absoluta del Derecho Penal. Para Binding, la pena representa una pérdida de derechos o bienes jurídicos que el Estado impone legalmente al delincuente para lograr la satisfacción del acto culpable, irreparable, de quiebra del Derecho, para mantener íntegra la autoridad del Derecho lesionado (de la norma lesionada).

La lucha entre la escuela moderna de Liszt y la concepción absoluta finalizó en Alemania durante la década de los años veinte, y la teoría de Liszt, conocida como teoría de la resocialización, cedió en el Código Penal alemán y en la legislación complementaria a la llamada teoría de la unificación (*Vereinigungstheorie*). La pena pasa a ser considerada como una justa retribución, pero dentro de la pena así aplicada (teoría absoluta) deben ser consideradas y ponderadas medidas de prevención general y especial.

La preferencia por una u otra de las teorías sobre el Derecho Penal varía de sociedad en sociedad, de gobierno a gobierno. En la Alemania de 1871, año de la unificación, hasta la primera guerra mundial, predominaba la teoría absoluta, teniendo, empero, que defenderse de fuertes críticas y ataques de otras escuelas. En la época de la primera guerra mundial entró a prevalecer la teoría de la retribución (absoluta), combinada con medidas de prevención general. Durante la República de Weimar se aplica la teoría de la unificación, que se afirma tanto en los trabajos prácticos como en los teóricos, guardándose todavía simpatía a la teoría moderna de Liszt, de la resocialización. El tercer Reich, de Hitler, se inicia con la teoría absoluta (retribución, expiación), y se convierte durante la segunda gran guerra en una brutal teoría de la atemorización (extensión de la pena de retribución a la familia del delincuente).

Después de la guerra, en Alemania se pasa a aplicar la teoría completa de la unificación, con énfasis en la teoría absoluta. A partir de la segunda mitad de los años sesenta, se vuelve a preferir la teoría de la resocialización, que se manifiesta especialmente en el parágrafo 2º, apartado primero, de la Ley de Ejecución Penal, de 1977. (Durante el cumplimiento de la pena de privación de libertad, el preso debe adquirir la capacidad de llevar en lo futuro una vida socialmente responsable y sin perpetrar delitos). Al presente, hay indicios muy claros de un retorno a la teoría absoluta, de la retribución, y de nuevo hay un gran interés también por la de la prevención general. La discusión actual gira alrededor de las medidas de intensificación del combate contra la delincuencia; de la preocupación por aumentar el éxito en el esclarecimiento de los

crímenes; de la expansión de la prisión preventiva; de la preocupación siempre creciente por las modernas técnicas y los actos delictivos, como son los crímenes contra la economía, contra el medio ambiente, la criminalidad organizada (especialmente, las drogas y el hurto de automóviles), los crímenes contra la protección de datos y los crímenes contra el uso correcto del computador.

EL LEGADO DE VON LISZT

Von Liszt fue el primero en superar en el Derecho Penal los métodos y el concepto de ciencia propios del positivismo. Al definir el ámbito de la *ciencia total del Derecho Penal*, incluyó en él, según queda visto, la Criminología y la Penología. La primera, para él, tiene la función de indagar las causas del delito, y la segunda debe estudiar la naturaleza y los efectos de la pena. El Derecho Penal en sentido absoluto, de retribución o venganza, era apenas, para Liszt, de importancia secundaria. Al pronunciar su clase inaugural en la Facultad de Derecho de la Universidad de Marburg en 1882, conocedor, sin duda, de los trabajos y las investigaciones de Lombroso, Ferri y Garófalo, Liszt, lanzando su doctrina de la nueva prevención especial, obtuvo con ella gran repercusión internacional y, al mismo tiempo, contribuyó a remodelar profundamente el sistema de sanciones del Derecho Penal alemán.

Para Liszt, la concreción y la realidad de la criminalidad es fundamental. Tanto la predisposición individual, en escala menor, cuanto el medio ambiente, en escala mucho mayor, son factores indispensables para que surja la criminalidad, preponderando siempre los factores sociológicos.

Según él, el Derecho Penal debe orientarse siempre conforme al fin, al objetivo al que se destina; y debe reportar una utilidad, un efecto útil, que repercuta en la estadística criminal. Partiendo de estos supuestos, demostró los defectos del sistema penal que regía en Alemania de su época y formuló un programa de reformas. Tal programa, regido por métodos causales y empíricos de pesquisa, ateniéndose al ejemplo de las ciencias naturales, consideraba la política criminal como parte orgánica de la política social. En su concepción, el combate contra la criminalidad debe iniciarse en las raíces del delito, y, por ello, el programa de reformas debe sobre todo modificar la situación social. Y la *pena correcta*, o sea, la *pena justa*, es la *pena necesaria*.

Justicia no es para el Derecho Penal sino la correcta observancia de la medida necesaria de la pena respecto a las exigencias del fin que informa la norma jurídica. El Derecho Penal tiene la tarea de proporcionar al delincuente ocasional, que no necesita ser resocializado, una reprensión suficientemente fuerte para intimidarlo y que así no vuelva a delinquir. El delincuente semihabitual, capaz de ser reeducado y de rehabilitarse, debe ser resocializado por métodos educativos durante el proceso de ejecución de la pena; y, por último, el delincuente habitual debe ser neutralizado por imposición de medidas de "servidumbre penal" (*Strafknechtschaft*) por tiempo indeterminado. Uno de los aspectos más importantes de la penología de Liszt era el cambio de la pena como reacción ciega, carente de sentido, que exige e impone venganza y retribución, por una acción racional, consciente de su fin y de su objetivo. Con semejante concepción penológica, que más tarde completaría con su famosa teoría sobre los tipos de delincuentes, procuró eliminar o, al menos, combatir, lo nocivo de

la pena corta de privación de libertad, causa, a su vez, de innumerables delitos, "pues lleva, invariablemente, al joven aprendiz por el camino del crimen".

Con el holandés Gerhard Adolf van Hamel (1842-1917) y el belga Adolphe Prins (1845-1920) fundó en 1889 la ya mencionada Unión Internacional de Derecho Penal, que hasta la primera guerra mundial defendió la nueva política criminal. En 1924 estos trabajos fueron retomados hasta cierto punto por la Asociación Internacional de Derecho Penal. En la actualidad, el mismo programa de política criminal es continuado por la Sociedad Internacional de Defensa Social, fundada en 1947 por el italiano Filippo Gramatica y cuyo principal representante ha sido durante mucho tiempo el francés Marc Ancel. La expresión *defensa social* significa hoy el concepto comprensivo de todas las medidas de la sociedad contra delincuentes y condenados, que tiene la finalidad de resocializar a estas personas.

Liszt dio, por tanto, a la idea, ya antigua, de la pena con un fin un impulso nuevo y muy fuerte. Y a su alrededor se formó la *joven escuela alemana* de Derecho Penal, de carácter sociológico, cuyos representantes Kohlrausch, Radbruch y Eberhardt Schmidt se oponían frontalmente a los adeptos de la antigua escuela clásica, a la cual pertenecían Binding, Beling y Birkmayer.

Pertenece también a Liszt el sistema, claro y simple, que analiza y distingue en el delito tres elementos: el acto, la antijuridicidad y la culpabilidad. Sus ideas han continuado gravitando, junto a otras, naturalmente, de penalistas posteriores, en las sucesivas reformas del ordenamiento punitivo alemán; y, sin exagerar, se puede decir que todavía está presente y bien vivo lo que el maestro Franz von Liszt enseñó hace más de cien años.