

no, dando paso a una verdadera criminalización de las protestas sociales" (44).

No escapa a la crítica constitucional el delito de financiación del terrorismo. Se ha creado un tipo penal abierto y confuso, que echa por tierra los principios básicos de la teoría del delito (tentativa de participación).

Cabe transcribir lo sostenido por el autor antes señalado con respecto a este delito: "...denota un adelantamiento exagerado de la barrera de protección penal, creando otro tipo penal abierto, donde el nivel probatorio que se necesitará para tales efectos no podrá sensatamente ser alcanzado nunca, salvo que se caigan en violaciones groseras de las garantías individuales. En fin, todo habla de

seguir con la fantasía –bastante dañina– de creer que creando tipos penales que nos recomiendan organismos internacionales se soluciona mágicamente el tema del terrorismo. Y para ello se vulneran garantías, preceptos constitucionales y las normativas del derecho internacional de los derechos humanos" (45).

En definitiva, la creación de los delitos de asociación ilícita y financiación del terrorismo no son otra cosa que una nueva manifestación de la legislación penal de emergencia, del derecho penal simbólico, y una imposición del poder punitivo internacional sobre nuestra legislación local (46).

La herencia de Franz von Liszt (*)

Por Francisco Muñoz Conde

I. Franz von Liszt (1851-1919) murió el 21 de junio de 1919 en Seeheim. Hoy, 90 años después de su desaparición, continúa aún siendo el jurista más reconocido de la Friedrich-Wilhelms-Universität de Berlín de finales del siglo XIX y principios del XX (1). Sus

teorías fueron y son muy influyentes, no sólo en Alemania sino también en muchos otros países. La bibliografía existente sobre su figura es amplia, y apenas se puede considerar completamente en el limitado marco de un artículo (2).

(44) Reproducción de parte de la conferencia que dio el Dr. Matías Bailone en el Seminario de Derecho Penal y Procesal Penal, Mendoza, 2007 (questionpenal.blogspot.com/2007_06_01_archive.html).

(45) *id.*

(46) Sueiro, Carlos C. y Birriel, Bibiana, "La banalidad del derecho penal posmoderno. Sobre los tipos penales de asociación ilícita, terrorista y financiación del terrorismo (una nítida y clara proyección de la influencia selectiva del poder punitivo internacional en la legislación nacional)", LL 2008-A-752, LL Supl. Penal, 2007 (diciembre), p. 1.

(*) Título original: "Das Erbe Franz von Liszts", publicado en alemán en "Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010", editado por Felix Herzog y Ulfrid Neumann, en colaboración con Jong-Dae Bae, Andreas von Hirsch, Shozo Horiouchi, Francisco Muñoz Conde y Juárez Tavares, Heidelberg (u.a.), Müller, 2010, ps. 535/558. Traducción al español de Alberto Nanzer (UBA), revisada por el autor.

El presente trabajo es parte de una investigación sobre Franz von Liszt, llevada a cabo por el autor durante el semestre de verano de 2009 en la Humboldt-Universität de Berlín, en el marco del Premio Humboldt de Investigación que le fue concedido por la Fundación Alexander von Humboldt en noviembre de 1999. Una versión más reducida de este trabajo será publicada, también en alemán, en el "Libro homenaje" con motivo del Segundo Centenario de la Universidad Humboldt de Berlín, a finales de 2010.

(1) Su trabajo más conocido en su tiempo fue el "Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil" ("Manual de Derecho Penal alemán. Parte general"), Berlín-Leipzig, 1881 (21ª y 22ª ed. de 1919), traducido por entonces en varios idiomas (en español, por ejemplo, por Quintiliano Saldaña y Luis Jiménez de Asúa), y continuado por Eberhard Schmidt (25ª ed., 1927). Otra obra central de Von Liszt es también su "Manual de Derecho Internacional" ("Das Völkerrecht. Systematisch dargestellt", Berlín, 1898 [9ª ed. de 1918]), que constituyó durante décadas una obra estándar de la materia (la 12ª ed., reelaborada por el Dr. Fleischmann, fue traducida al español por Domingo Miralles y publicada en Barcelona en 1929). A sus primeros trabajos pertenecen dos ensayos de derecho procesal que fueron parte de su tesis doctoral: "Meineid und falsches Zeugnis" (Viena, 1876) y "Die falsche Aussage vor Gericht und öffentlichen Behörden nach deutschem und österreichischem Recht" (Graz, 1877). Sus conferencias y artículos fueron publicados en vida del autor en dos tomos (cfr. Von Liszt, Franz, "Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze", ts. I y II, Berlín, 1905, citados aquí según la reimpresión de 1970).

(2) Sobre la influencia de Von Liszt en la ciencia penal alemana e internacional ver especialmente el número homenaje publicado para conmemorar el cincuenta aniversario de su muerte en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (t. 81, 1969), con aportaciones de Eberhard Schmidt, Lange, Heinitz, Bockelmann, Roxin, Sieverts (Alemania), Moos (Austria), Jiménez de Asúa (España/Argentina), Ranieri (Italia), Correia (Portugal), Novoa Monreal (Chile), Zlataric (Croacia), Schultz (Suiza), Kempe (Holanda) y Nelson (Suecia). En el t. 94 (1982) de la ZStW, dedicado al 100º Aniversario del Programa de Marburgo, se encuentran artículos de Naucke, Frisch, Müller-Dietz, Liebscher y Schöch. Para más bibliografía alemana sobre Von Liszt ver Schwarzschild, Agnes, "Franz von Liszt als Strafrechtsdogmatiker", 1933; Von Wedel, Hasso, "Franz von Liszts geschichtliche Bedeutung als Überwinder des Positivismus", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1933; Baumgarten, A., "Die Litsztsche Strafrechtsschule und ihre Bedeutung für die Gegenwart", en "Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht", t. 51, 1937; Georgakis, Jannis A., "Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts", en "Leipziger rechtswissenschaftliche Studien", Heft 123, 1940; Schmidt,

Las teorías de Von Liszt fueron objeto de aplauso y aprobación durante y después de su vida. Sin embargo, también han sido valoradas críticamente y en ocasiones caracterizadas como el comienzo de una funcionalización política del Derecho Penal que, atravesando la República de Weimar y el nacionalsocialismo, ha llegado hasta el actual "Derecho Penal del enemigo".

La concepción lisztiana de la Ciencia del Derecho Penal como una ciencia jurídico-penal "total" (3), en la que no sólo está incluida la Dogmática Penal sino también la Política Criminal y la Criminología, ha despertado la sospecha de que el Derecho Penal puede ser empleado para la consecución de fines político-criminales no supeditados a los límites del Estado de Derecho (4). Incluso sus frases más citadas, tales como "El Derecho Penal es la barrera insuperable de la política criminal", "El Código Penal es la *Charta Magna* del delincuente" o "el baluarte del ciudadano frente a la violencia total del Estado, el poder arbitrario de la mayoría y el *Leviathan*" (5), son interpretadas actualmente como el origen de un doble entendimiento del Derecho Penal (6):

– Un Derecho Penal con todas sus garantías derivadas del Estado de Derecho, válido como "Derecho Penal del ciudadano" que alguna vez en su vida u ocasionalmente comete un delito o que, en su calidad de sospechoso por la comisión de uno, aparece como acusado en un proceso penal.

– Otro Derecho Penal que, por contraste, debe concebirse como un Derecho Penal "de otro tipo", para delincuentes reincidentes e "incurables", que deben ser condenados con la mayor dureza a una pena de aseguramiento perpetua a fin de hacerlos "inofensivos". Un Derecho Penal, pues, que ya no es una "barrera insuperable" de la Política Criminal, sino un mero instrumento para su realización.

II. A fin de poder explicar esta contradicción, que recorre la Ciencia Penal alemana como un continuo desde los tiempos de Von Liszt hasta el actual Derecho Penal del enemigo, pasando por los proyectos de reforma de la República de Weimar y del nacionalsocialismo, debemos dar cuenta de los fundamentos teóricos que, tanto en la época de Von Liszt como en la actualidad, se sitúan en la base de la Ciencia del Derecho Penal.

Eberhardt, "Anselm von Feuerbach und Franz von Liszt", en "Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform", 33 Jahrgang, 1942; Simson, Gerhard, "Franz von Liszt und die schwedische Kriminalpolitik", en "Festschrift für Karl Schlyter", 1949; Radbruch, Gustav, "Franz von Liszt. Anlage und Umwelt", en "Elegantiae Iuris Criminalis", 2ª ed., Basel, 1950 (también en Radbruch, Gustav, "Gesamtausgabe 16, Biographische Schriften bearbeitet von Günter Spendel", revisados por Günter Spendel, Heidelberg, 1988, ps. 25/48); Schmidt, Eberhardt, "Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts", en "Festschrift für Julius von Gierke", Berlin, 1950, p. 201 y ss.; Schmidt, Eberhardt, "Franz von Liszt", en "Die grossen Deutschen (Hrsg. von Hermann Heintel, Theodor Heuss, Benno Reiffenberg)", t. 5, 1956, reimpresión de 1983, p. 407 y ss.; Renneberg, Joachim, "Die kriminalsoziologischen und kriminalbiologischen Lehren und Strafrechtsreformvorschläge Liszts und die Zerstörung der Gesetzlichkeit im bürgerlichen Strafrecht", VED Deutscher Zentralverlag, Berlin, 1956; Ostendorf, Heribert, "Von der Rache zur Zweckstrafe 100 Jahre 'Marburger Programm' von Franz von Liszt (1882)", 1982; Jescheck, Hans Heinrich, "Die Freiheitsstrafe bei Franz von Liszt im Licht der modernen Kriminalpolitik", en "Festschrift für U. Klug II", Köln, 1983, p. 257 y ss.; Müller-Dietz, H., "Der Begriff der Generalprävention in 19. Jahrhundert von P.J.A. Feuerbach bis Franz von Liszt", Frankfurt am Main, 1984; "Liszt der Vernunft", en "Kriminalsoziologische Bibliografie", 1984, Jg. 49, FET 42, con artículos de Heribert Ostendorf, Monika Frommel, Michael Baumann, John Leschkas y Uwe Ewald; Frommel, Monika, "Franz von Liszt", en *Neue Deutsche Bibliographie* (NBD), t. 14, Bayerische Akademie der Wissenschaften (Hg); id., "Präventionsmodelle in der deutschen Strafrechtsdiskussion", 1987 (ps. 83/97); Merkel, A., "Franz von Liszt und Karl Krauss", ZStW, t. 105, 1993, p. 871 y ss.; Bohnert, Comelia, "Zu Strafrecht und Staatsverständnis in Schulenstreit der Jahrhundertwende", 1992; Ehret, Susanne, "Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip: zugleich ein Beitrag wider die Gleichsetzung von Magna-Charta-Formel und Nullum Crimen Grundsatz", Frankfurt am Main, 1996; Köhler, Michael, "Einführung zu Franz von Liszt", en "Der Zweckgedanke im Strafrecht" (reimpresión de 2002); Lang, Eckart, "Der Zweckgedanke im Strafrecht, Das Marburger Programm Franz von Liszts, Seine Bedeutung als Strafrecht und Strafvollzugsziel", en "Politische Strafjustiz und politische Betätigung in Deutschland", 1999; Wetzell, Richard, "Inventing the Criminal. A History of German Criminology", 2000, ps. 33/38; Kubink, Michael, "Strafe und ihre Alternative im zeitlichen Wandel", 2002 (cap. 1); Koch, Arndt, "Binding vs. Liszt. Klassische und moderne Strafrechtsschule", en Heidelberg, Eric y Weitzel, Jürgen (Hrsg.), "Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie", Berlin, 2007; Schmidt-Recla, Adrian y Steinberg, Holger, "Eine publizistische Debatte als Geburtsstunde des 'Marburger Programms'", ZStW, t. 119, 2007, ps. 195/213; Germann, Urs, "Zweispurige Verbrechensbekämpfung, Kriminalpolitik und Gesetzgebung im transnationalen Diskurs: Franz von Liszt, die schweizerische Strafrechtsreform und die Zweispurigkeit von Strafen und Massregeln", en "Zeitschrift des MPI für europäische Rechtsgeschichte", Rg. 14, 2009. Cfr. también la exposición general en Schmidt, Eberhardt, "Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege", 3ª ed., Göttingen, 1965, ps. 357/386; Vormbaum, Thomas, "Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte", 2009, ps. 123/135.

(3) Al igual que el título de la revista fundada por Dochow y Von Liszt en el año 1881, considerada hoy como una de las más conocidas en el ámbito de la Dogmática Penal: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW).

(4) Cfr., por ej., Von Liszt, Franz, "Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft. Antrittsvorlesung, gehalten am 27. Oktober 1899 an der Berliner Universität", en "Strafrechtliche Vorträge...", cit., t. I, p. 284 y ss.

(5) Von Liszt, "Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. Gutachten für die Allg. Versammlung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung 1893; Mitteilungen", vol. IV, en "Strafrechtliche Vorträge...", cit., t. II, p. 77.

(6) Sobre este doble entendimiento de las tareas del Derecho Penal en Von Liszt cfr. Vormbaum, Thomas, "Einführung...", cit., p. 131.

A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX la Ciencia del Derecho Penal alemana alcanzó su apogeo en lo que respecta al desarrollo de la Dogmática Penal y, especialmente, de la teoría general del delito. El propio Von Liszt, pero sobre todo Karl Binding y Ernst Beling establecieron los fundamentos de una teoría general del delito que aún hoy representa la exposición dominante de su estructura en los manuales alemanes (7).

Mediante el empleo de una metodología propia de las ciencias culturales, que continuaba la línea propuesta por la escuela sudoccidental del neokantismo (8), Max E. Mayer y Edmund Mezger desarrollaron en los años 20 del siglo pasado un sistema de la teoría del delito en el cual cada una de las categorías fundamentales (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) se refería a valores específicos derivados de los fines del Derecho Penal, que el penalista debía comprender y no sólo observar o describir. El neokantismo, en un intento de superación de la concepción positivista de las ciencias naturales, se proponía fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica a través de la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias culturales. Tanto las unas como las otras, afirmaban los neokantianos, son ciencias particulares, puesto que poseen un objeto definido y un método que le es propio para la investigación del mismo, algo que, sin embargo, es precisamente lo que las distingue entre sí. Las ciencias de la naturaleza investigan su objeto desde un ángulo causal-explicativo, y las ciencias culturales hacen lo propio con el suyo a través de la aplicación de un método comprensivo que se refiere a un valor. De acuerdo con este planteamiento, la Ciencia del Derecho puede ser incluida en ambas, toda vez que, en el afán por desentrañar su objeto de investigación –el derecho positivo–, es necesario agregar una valoración.

La influencia de esta corriente filosófica sobre la Ciencia del Derecho Penal alemana de principios del siglo XX (9) fue considerable y trajo consigo provechosos impulsos, ya que subdividió la investigación del delito en dos planos diferentes de idéntico rango: el causal-explicativo (Criminología), por un lado, y el comprensivo-axiológico (Dog-

mática), por el otro. La Criminología y la Dogmática permanecieron de esta manera perfectamente diferenciadas entre sí, sin que la una se subordinara a la otra, por lo cual ambas mantuvieron su significado y autonomía. El penalista, libre del positivismo criminológico que precisamente había amenazado las sutilezas dogmáticas, podía dedicar su empeño a la Dogmática Jurídico-Penal y, dentro de ésta, al perfeccionamiento del sistema de la teoría del delito, verdadero banco de pruebas de todas las reflexiones acerca del núcleo y los fines del Derecho Penal. La Criminología permaneció, en cambio, en manos de los especialistas en las ciencias de la naturaleza, que investigaban los mismos problemas que los juristas desde otra perspectiva y con otros métodos (sociológico, bio-psicológico, etc.).

Esta diferenciación metodológica fue ya anticipada de facto por Franz von Liszt con su distinción entre Derecho Penal y Política Criminal, incluyendo en el primero la elaboración jurídica del delito y de sus consecuencias y dejando para la última la explicación causal y empírica de este fenómeno (10), aunque ocasionalmente se pronunció contrario a esta orientación filosófica, y aún hoy es considerado partidario de un positivismo científico-naturalista (11).

De cualquier manera, esta clarificación conceptual, realizada tanto por la Ciencia del Derecho Penal influenciada por el neokantismo, de una parte, como por el positivismo naturalista influenciado por Von Liszt, por la otra, provocó también una división radical entre ambas formas de considerar los problemas jurídico-penales. A partir de allí la Criminología y la Dogmática Jurídico-Penal –o la Política Criminal y el Derecho Penal, según la terminología de Von Liszt– hicieron su propio camino sin relación entre sí, como dos mundos diferentes, que incluso hablaban distintos idiomas. La distinción entre ser y deber ser, realidad y valor, entre la esfera ontológica y la axiológica, condujo a la Ciencia Penal, paradójicamente, a una esquizofrenia científica, que en el caso de Von Liszt se muestra particularmente evidente. Para poder explicar esta contradicción es menester distinguir entre el Franz von Liszt como dogmático penal y el Franz von Liszt en su rol político-criminal (12).

(7) Éste es el denominado "concepto neoclásico de delito". Sobre el desarrollo histórico de la nueva teoría del delito cfr., por ej., las obras generales de Baumann, Jürgen, Weber, Ulrich y Mitsch, Wolfgang, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 10ª ed., 1995; Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas, "Lehrbuch des Strafrechts", 7ª ed., 2004; y Roxin, Claus, "Strafrecht Allgemeiner Teil", t. I, 4ª ed., 2007.

(8) Esta distinción, que se remonta a Dilthey, fue adoptada y continuada por Rickert, Heinrich en "Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft", 1899 ("Ciencia cultural y ciencia natural", traducción española por García Morente, con prólogo de José Ortega y Gasset, 2ª ed., 1945).

(9) El neokantismo fue introducido en el ciencia jurídica por Emil Lask, un discípulo de Windelband. Sobre las relaciones entre el neokantismo y la ciencia jurídico-penal alemana en los comienzos del siglo XX ver Ziemann, Sascha, "Neukantianisches Strafrechtsdenken", 2009, p. 91 y ss.; asimismo, Kubink, Michael, "Strafe...", cit., ps. 242/248; Vormbaum, Thomas, "Einführung...", cit., p. 156. Incluso Gustav Radbruch puede ser señalado como neokantiano; en este sentido, Ziemann, Sascha, "Neukantianisches...", cit., p. 67 y ss.

(10) Von Liszt, Franz, "Die Aufgaben...", cit., t. 2, p. 284 y ss.

(11) En este sentido, Radbruch, Gustav, "Franz von Liszt...", cit., p. 219, y en "Gesamtausgabe 16, Biographische Schriften...", cit., p. 37; Ziemann, Sascha, "Neukantianisches...", cit., ps. 94 y 96.

(12) No me referiré aquí a su obra como cofundador de la Asociación Criminalista Internacional, como iusinternacionalista o como político. Sobre lo último ver Ostendorf, Heribert en "Liszt der Vernunft", cit., ps. 2/10. Sobre la biografía ver Moos, ZStW, cit., t. 81.

III. Como dogmático, Franz von Liszt fue, sobre todo, un agudo sistemático que a partir de los conceptos especiales (es decir, de delitos contenidos en la parte especial, tales como homicidio, hurto o apropiación indebida), y por la vía de la abstracción, desarrolló conceptos generales tales como el concepto de delito. Las bases de este sistema eran, por un lado, el concepto de acción, entendido como movimiento corporal vinculado a través de la causalidad con una modificación del mundo exterior (resultado), y, por otro, el de bien jurídico, como fundamento del sistema de la parte especial (13).

Sobre estas bases, Von Liszt edificó un sistema clasificatorio en el que a partir de una división estricta entre el lado objetivo y el lado subjetivo del delito derivaba a su vez la diferencia entre injusto y culpabilidad, ya introducida por Rudolph von Ihering en el ámbito del Derecho Civil (14). Mientras que lo objetivo se le asignaba al concepto de ilicitud o hecho injusto, lo subjetivo —es decir, tanto la relación psíquica del autor con su propio hecho como la imputabilidad— debería encontrar su ubicación sistemática en la culpabilidad.

Ante la infructuosidad de la discusión acerca de la libertad de voluntad (Von Liszt era determinista), desarrolló una teoría de la culpabilidad que, dejando a un lado este problema, debía servir como base común tanto para los deterministas como para los indeterministas. Para Von Liszt la culpabilidad no era más que la relación psíquica entre el autor y su hecho (15).

Ideológicamente, esta teoría de la culpabilidad se encontraba en consonancia con las teorías psicológicas dominantes en aquel entonces (16). La Psicología de fines del siglo XIX, impregnada del pensamiento naturalista, era, sobre todo, de tipo puramente descriptivo, referida a circunstancias psíquicas mensurables. Consecuentemente, Von Liszt diseñó una teoría de la culpabilidad que sólo se basaba en una relación cuantitativa y subjetiva entre el autor y su hecho. Esta relación subjetiva era dolosa, cuando el autor quería el resultado del hecho o al menos lo había tenido en cuenta; o imprudente, cuando el autor no había querido el resultado pero lo había ocasionado por indiferencia o desconocimiento. Dolo e imprudencia eran, entonces, dos formas de culpabilidad. A la exclusión de la responsabilidad por el resultado se la veía como una

consecuencia necesaria de esta teoría psicológica de la culpabilidad, dado que no había allí ninguna relación psíquica entre el autor y el hecho antijurídico por él provocado.

Este concepto psicológico de la culpabilidad fue criticado pronto por Gustav Radbruch, discípulo de Von Liszt. Para Radbruch la imprudencia no era más que una “vergonzante responsabilidad casual” (17). La imprudencia, según Radbruch, no se adecuaba, pues, a una concepción psicológica de la culpabilidad, ya que ella “no es sólo estado psíquico real, sino también una desviación de ese estado psíquico real del normal y correcto” (18).

Sea como fuere, esta crítica de Radbruch, juntamente con el desarrollo posterior de la teoría de la culpabilidad sobre la base del giro normativo operado posteriormente en la Ciencia del Derecho Penal (19), el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y la clasificación del dolo como elemento del tipo, dejaron obsoleta la sistemática del delito propuesta por Von Liszt, de tal forma que hoy no es defendida prácticamente por nadie, y sólo conserva a lo sumo un significado histórico en la evolución de la teoría del delito actual. Sin embargo, no puede discutirse que la teoría del delito edificada por Von Liszt a fines del siglo XIX y principios del XX constituyó un pilar de la estructura del delito alemana contemporánea. Esto es considerado aún hoy como el gran mérito de Franz von Liszt, en su carácter de dogmático del Derecho Penal (20).

IV. Mayor trascendencia, no obstante, tuvo y tiene Franz von Liszt en el plano político-criminal. En este contexto, su mayor logro fue el de reemplazar el Derecho Penal retribucionista, influido por la escuela clásica, por una concepción preventiva de la pena orientada por la idea de fin. Según Von Liszt, corresponde aplicar una pena sólo cuando ella es necesaria y oportuna. Consecuentemente, Von Liszt propuso la eliminación de las penas privativas de la libertad de corta duración, la introducción de la condena condicional y la ampliación del ámbito de aplicación de la pena de multa, así como muchas otras medidas de tipo preventivo-especial-positivo, orientadas al mejoramiento del autor necesitado de recuperación (21).

Pero, por otro lado, Von Liszt reclamó también una pena de seguridad por tiempo indeterminado de tipo preventivo-

(13) Cfr. Von Liszt, Franz, “Rechtsgut und Handlungsbegriff”, en “Strafrechtliche Vorträge...”, cit., t. I, p. 215.

(14) Ver Von Liszt, Franz, “Das Schuldmoment im römischen Privatrecht”, 1867.

(15) Von Liszt, Franz, “Lehrbuch des deutschen Strafrechts...”, cit. (21ª y 22ª ed., 1919), ps. 151 ss.

(16) Cfr. Von Liszt, “Lehrbuch des Deutschen Strafrechts...”, cit. (26ª ed., continuada por Eberhard Schmidt, 1932), p. 228.

(17) Radbruch, Gustav, “Aussetzung”, en “Vergleichende Darstellung Bes. Teil”, vol. IV, Berlin, 1905, p. 201, nota 2.

(18) Radbruch, Gustav, “Über den Schuldbeginn”, ZStW, t. 24, 1902, p. 345.

(19) Ver Reinhard, Frank, “Über den Aufbau des Schuldbegriffs”, 1907, reimpression en Berliner Wissenschafts-Verlag, 2009, con introducción de Hans Joachim Hirsch, que describe muy bien la evolución del concepto normativo de culpabilidad al concepto de culpabilidad de la teoría de la acción final.

(20) Cfr. Jescheck, Hans Heinrich, “Lehrbuch...”, 4ª ed., p. 181, y Roxin, Claus, “Strafrecht Allgemeiner Teil”, cit., I, 4ª ed., p. 241, que denominan el sistema del delito erigido por Von Liszt y Beling el “sistema del delito clásico”.

(21) Ver Von Liszt, Franz, “Kriminalpolitische Aufgabe”, en “Strafrechtliche Vorträge...”, cit., t. I, p. 290 y ss.; id., “Die Reform der Freiheitsstrafe”, en “Strafrechtliche Vorträge...”, cit., p. 511 y ss.

especial-negativo, que tenía como fin la "neutralización" o "inocuidación" ("*Unschädlichmachung*") de los denominados "incorregibles" (22).

Y para alcanzar este fin, contradictorio con sus planteamientos originarios, Von Liszt asignó a la pena privativa de libertad una triple función:

1. Mejoramiento de los delincuentes necesitados de recuperación y susceptibles de lograrla.
2. Mera disuasión de los que no necesitan ser corregidos.
3. Neutralización o inocuidación de los delincuentes irrecuperables (23).

Quizás deba mencionarse marginalmente que la principal preocupación de Von Liszt, al igual que la de muchos penalistas de aquel tiempo —especialmente aquellos que estaban influidos por la Criminología de Lombroso—, era el autor supuestamente incorregible. Y en relación con éste, decía lo siguiente en su famoso "Programa de Marburgo": "La lucha contra la criminalidad consuetudinaria presupone conocimientos precisos acerca de la misma. Hoy todavía carecemos de ellos. Se trata, pues, de un eslabón, ciertamente del más significativo y peligroso, en aquella cadena de fenómenos sociales patológicos que acostumbramos resumir con el denominador común de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y personas de los bajos fondos en sentido amplio, degenerados física y psíquicamente; todos ellos constituyen el ejército de los enemigos principales del orden social, cuyo Estado Mayor está constituido por los delincuentes habituales" (24).

Este recelo en relación con los vagabundos y los delincuentes de poca monta, con los "socialmente peligrosos", con los asociales en general, y más aún con aquellos que cometen delitos habitualmente, era típica de un penalista que vivía en la sociedad alemana disciplinada y próspera de fines del siglo XIX, en el medio de la expansión económica y de la política prusiana, en una Alemania que por primera vez se había convertido en una nación unificada bajo ese nombre y que luchaba por un lugar predominante entre las potencias mundiales de aquel tiempo, especialmente Inglaterra y Francia. Los Estados Unidos aún no habían mostrado su verdadero poder; y España, que en 1898 había perdido sus últimas colonias en la guerra justamente contra Estados Unidos, no contaba desde hacía tiempo como un poder real. En consonancia con la mentalidad dominante en ese tiempo —por cierto, no sólo en Alemania—, la preocupación por los entornos sociales marginales, en especial por la criminalidad habitual, que había aumentado enormemente con la industrialización y el cre-

cimiento de la población urbana, se reflejaba en el ámbito jurídico en la aprobación de medidas represivas de corte puramente punitivo, y, en todo caso, en el incremento de los controles policiales de las clases populares más débiles económicamente y por ello más proclives a la comisión de delitos. Ello fue corroborado simultáneamente con teorías científicas que hablaban de "delincuentes natos", "personas deficitarias, indignas de vivir", "razas inferiores", "subhumanos", pero que apenas indagaban las razones sociales y económicas de los problemas mencionados. Los asociales y los delincuentes habituales eran "los otros", los perturbadores sociales, los inaccesibles a la recuperación y a la corrección, entre otros motivos, en razón de que la asociabilidad se atribuía frecuentemente a defectos congénitos, a enfermedades hereditarias que debían ser removidas a través de la esterilización o simplemente del exterminio de sus portadores. Ni siquiera se hablaba todavía de su resocialización o mejoramiento, toda vez que se partía de métodos de investigación muy rudimentarios, basados fundamentalmente en la reincidencia, según los cuales se trataba de personas "incorregibles", separadas de la sociedad de forma definitiva. La única salida para proteger de estas personas a la sociedad, al orden social, era pues su "inocuidación".

Correspondientemente, Von Liszt describía la forma según la cual, en su opinión, debía tratarse a tales personas del siguiente modo:

"La pena debe ser cumplida en establecimientos especiales comunitarios (presidios o casas de trabajo). Y debe consistir en una 'servidumbre penal', con estricta obligación de trabajar y el mayor aprovechamiento de su fuerza de trabajo; como pena disciplinaria difícilmente no debería prescindirse de la pena de azotes; y la pérdida obligatoria y permanente de los derechos civiles debería señalar con precisión el carácter absolutamente infamante de la pena. El aislamiento celular debería imponerse sólo como pena disciplinaria, junto con arresto en la oscuridad y el ayuno más estricto" (25).

Todavía más duras son las palabras que Von Liszt había dedicado a los incorregibles ya antes de la publicación del Programa de Marburgo, en una carta a Dochow de 1880:

"Reclusión de seguridad para delincuentes habituales: casa de trabajo con estricta severidad militar sin más rodeos y tan económica como sea posible, aunque esos tipos fallezcan. Castigo corporal ineludible... El delincuente habitual (no es completamente nuestro concepto técnico: me refiero a los principales enemigos del or-

(22) Von Liszt, Franz, "*Der Zweckgedanke im Strafrecht*", en "*Strafrechtliche Vorträge...*", cit., t. I, p. 166 y ss.

(23) Esta triple función de la pena, que, al mismo tiempo, va acompañada de una clasificación de los delincuentes en aquellos susceptibles de recuperación, aquellos que ocasionalmente no la necesitan y en aquellos incorregibles, fue formulada por Von Liszt en su Programa de la Universidad de Marburgo en 1882, publicado como artículo en la *ZStW*, t. 3, bajo el título "*Der Zweckgedanke im Strafrecht*", y luego en "*Strafrechtliche Vorträge...*", cit., vol. I, p. 126 y ss. (Berlín, 1905). Existe una traducción al español de Enrique Aimone Gibson, con prólogo de Manuel de Rivacoba, Valparaíso, 1984, bajo el título "La idea de fin en el Derecho Penal", al igual que otra de Carlos Pérez del Valle, con prólogo de José Miguel Zugaldía Espinar, Granada, 1990. Una traducción al italiano de Alessandro Alberto Calvi fue editada bajo el título "*La teoria dello scopo nel Diritto Penale*", Milán, 1962.

(24) Von Liszt, Franz, "*Der Zweckgedanke im Strafrecht*", cit., p. 167.

(25) *Íd.*, p. 170.

den jurídico) debe ser inocuizado, y precisamente a su costa y no a la nuestra. Suministrarles alimento, aire, movimiento, etc. según principios racionales es abusar de los contribuyentes" (26).

A ello debe añadirse que, por aquel entonces, Von Liszt reputaba como incorregibles "al menos" a la mitad de los reclusos (27).

Si los incorregibles eran neutralizados mediante la pena de aseguramiento, la pena de muerte no merecía para él ser objeto de discusión:

"La pena de muerte me resulta superflua, tan pronto como los incorregibles sean neutralizados" (28).

Von Liszt expresa esta idea más claramente con la siguiente frase:

"Puesto que decapitar y colgar no queremos y deportar no podemos, sólo nos queda el confinamiento de por vida (mejor dicho, por tiempo indeterminado)" (29).

Esto no implica que, como suele afirmarse, Franz von Liszt estuviera en contra de la pena de muerte. Ésta era para él sólo una cuestión política, no humanitaria:

"La decisión última debe ser reservada a los factores políticos determinantes... Su mantenimiento será aprobado por todos aquellos para quienes las consideraciones políticas tienen más valor que las ideas humanitarias, contagiadas pero también contaminadas por el soplo de los ideales" (30).

V. Estas citas de Von Liszt en relación con los denominados incorregibles suscitan interrogantes:

¿Cómo puede explicarse que el mismo político-criminal propusiera por un lado una reducción de las penas privativas de libertad y su reemplazo a través de pena de multa y la condena condicional, y que por otro lado quisiera neutralizar a los llamados incorregibles con una pena perpetua de aseguramiento? ¿Hubo en la misma persona simultáneamente una cara positiva y una negativa, que arroja luz por un lado y sombra por el otro, a la manera de "Dr. Jekyll y Mr. Hyde"?

Gustav Radbruch intentó dilucidar esta contradicción, en una breve biografía de su maestro, confrontando sus años de juventud, en los cuales efectuara "tales declaraciones que hoy casi nadie más compartiría", con sus tardías manifestaciones "más maduras y benevolentes" (31). En estas últimas, empero, se refería sólo a los inimputables, y no a otros "incorregibles".

Pero, independientemente de esta evolución personal de Von Liszt, que no explica por qué nunca desistió de su teoría de la "inocuización de los incorregibles" (32), la contradicción entre una Dogmática Penal basada en el hecho y una política criminal orientada hacia el autor reside, sobre todo, en la división metodológica efectuada por él entre el hecho como presupuesto de la pena y el autor como objeto de la medida de la pena. En el centro del Derecho Penal se encontraba ciertamente el hecho, que convertía al Derecho Penal, basado en el principio *nullum crimen sine lege*, en "una barrera insuperable de la política criminal". Esto significaba para Von Liszt que sólo un hecho definido en la ley como delito podía desencadenar como reacción una pena. Pero en el ámbito de la medida de la pena, lo decisivo para él era el autor, para cuyo tratamiento asignaba a la pena de prisión la triple función ya mencionada: disuasión de los delincuentes ocasionales, recuperación de los corregibles e inocuización de los incorregibles. El Derecho Penal ya no es aquí una "barrera insuperable" de la Política Criminal, sino sólo un medio para la realización de fines político-criminales, y, en tal carácter, un medio ilimitado. Esto conduce inmediatamente a un Derecho Penal de autor, en el cual no es decisivo el hecho sino el autor. Y cuando el autor es incorregible y proviene del mundo del -por él denominado- "proletariado" ("...mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y personas de los bajos fondos en sentido amplio, degenerados física y psíquicamente... delincuentes habituales" [33]), es claro que esta concepción de la medida de la pena, respecto de la cual varios críticos ya se han pronunciado (34), puede transformar el Derecho Pe-

(26) De una carta de Von Liszt a Dochow del 21/12/1880, citada en Radbruch, Gustav, "Elegantiae iuris Criminalis", cit., p. 229 (también, en Radbruch, Gustav, "Gesamtausgabe 16, Biographische Schriften...", cit., p. 45).

(27) Von Liszt, Franz, "Strafrechtliche Vorträge...", cit., p. 168 y ss.: "Estas cifras (sc., las estadísticas prusianas) demuestran que al menos la mitad de todas aquellas personas que, año tras año, pueblan nuestros establecimientos penitenciarios son delincuentes habituales incorregibles".

(28) Von Liszt, Franz, "Strafrechtliche Vorträge...", cit., p. 173.

(29) *Id.*, p. 169.

(30) Von Liszt, Franz, "Bemerkungen zum Entwurf des Allgemeinen Teiles eines Strafgesetzbuches für Russland", en "Strafrechtliche Vorträge...", cit., t. II, p. 182 y ss.

(31) Conf. Radbruch, Gustav, "Gesamtausgabe 16, Biographische Schriften...", cit., p. 45 y ss.

(32) Radbruch, Gustav, "Gesamtausgabe 16, Biographische Schriften...", cit., señala otra cita de Von Liszt de 1896 (en "Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit", en "Strafrechtliche Vorträge...", cit., t. II, p. 229) en la cual éste, para la custodia de seguridad, exige "espíritu de favorable indulgencia, de cuidadosa asistencia". Pero von Liszt se refiere en este texto sólo a los enfermos mentales. No hay noticia de que hubiera renunciado expresamente alguna vez a la idea de "inocuización".

(33) Von Liszt, Franz, "Der Zweckgedanke im Strafrecht", cit., p. 167.

(34) Esta crítica proviene, sobre todo, de una serie de penalistas de la RDA, tales como Renneberg, Joachim, "Die kriminalsoziologischen...", cit.; Jelowick, Lieselotte, "Die Geschichte der imperialistischen Strafrechtsreform in Deutschland als Ausdruck der Perspektivlosigkeit des imperialistischen Systems", 1979; *id.*, "Zur Geschichte der Strafrechtsreform in der Weimarer Republik", Halle, 1983; Lekschas,

nal en un "Derecho Penal clasista" y llevar a la destrucción el principio fundamental del Derecho Penal del Estado de Derecho, esto es, el principio de legalidad (35). El peligro, pues, consiste en la creación de dos Derechos Penales:

– un Derecho Penal con todas las garantías del Estado de Derecho para el ciudadano normal, que comete un delito ocasionalmente; y

– un Derecho Penal sin límites y sin garantías, puro poder penal destinado a lo que él denomina "proletariado de la criminalidad" (delincuentes habituales), o también a los marginados, que, aunque pueden no haber cometido ningún delito, son considerados "amenazadores".

Más abajo hemos de analizar aún en qué medida estas ideas influyeron en el Derecho Penal del nacionalsocialismo e influyen todavía hoy en el más moderno "Derecho Penal del enemigo".

VI. Resulta evidente que la concepción que Von Liszt mantenía por aquel entonces en modo alguno era defendida solamente por él. Tanto en la Medicina (Kraepelin) como en la Biología (Darwin, Galton), al igual que en la recientemente aparecida Criminología (Lombroso, Ferri) –que se servía de ambas ciencias–, sus principales representantes sostuvieron tesis similares. En todas partes se hablaba de "eugenesia", de "esterilización" de discapacitados mentales y de portadores de enfermedades hereditarias. En este sentido, no debe olvidarse que ya en la época en la que Von Liszt escribía su Programa de Marburgo el juez del Tribunal Imperial Otto Mittelstadt reclamaba en su opúsculo "Contra la pena privativa de la libertad", en lugar de una pena de tipo especial preventivo orientada a la recuperación del autor, instrumentos represivos más graves como la pena de muerte, el trabajo forzado, la pena de hambre, etc. (36). Y no menos duras fueron las palabras que dedicó a este problema el otro gran penalista de fines del siglo XIX y principios del XX, Karl Binding.

Sabido es que Binding no era partidario de las penas indeterminadas que Von Liszt proponía para los delincuentes habituales, y como representante destacado de un Derecho Penal retributivo, es decir, de una concepción de

la pena libre de cualquier fin preventivo, rechazaba la tesis de Von Liszt, que, en su opinión, degradaba la pena al nivel de una mera medida de seguridad, con las siguientes palabras: "Rechazo incondicionalmente la degradación de la pena a una medida de seguridad policial. ¡Ella consiste en algo distinto, más elevado, más noble! De todas formas, la pena puede agravarse respecto de la 'obstinación criminal', a fin de neutralizar la 'estirpe'. En caso de reincidencia, por ejemplo, puede imponerse la pena de muerte o la pena de prisión perpetua" (37).

Como puede advertirse, las diferencias entre ambos autores, que dieron lugar a la famosa "lucha de escuelas", residen más en el nombre que en el contenido. Lo que Von Liszt se proponía con su tipología del autor era "inocuar" a los incorregibles; lo que Binding defendía con su Derecho Penal retributivo era exactamente lo mismo, si bien, en vez de remitir a una medida policial, recurría a la gravedad de la pena, reclamando una reacción penal más intensa (prisión perpetua, o incluso pena de muerte) fundada en la gravedad de la culpabilidad del autor o en ideas abstractas de probidad, exagerando el concepto de pena. El fin, sin embargo, es, en definitiva, el mismo en ambos autores y, por lo demás, muy manifiesto (38). Esto fue destacado por Von Liszt desde el primer momento y con especial claridad:

"En esto lo importante no es el nombre que se quiera dar a la criatura. Éste es el lado simpático en el proceder de nuestros adversarios, que se dan por satisfechos cuando son conservadas las venerables etiquetas dignas. En su opinión, en el 'castigo' del delincuente habitual no puede ser superada la 'proporción entre culpabilidad y expiación'; pero contra las 'medidas de seguridad' de por vida o prolongadas luego de cumplida la pena nuestros detractores no tienen nada que objetar. La justicia 'retributiva' no admite dos años de prisión contra los vagabundos incorregibles, pero los adversarios quizás nos concederían cinco años de asilo de trabajo, sustancialmente más duro. Permítasenos, pues, llamarlo medida de seguridad y asilo de trabajo; permítasenos tomar aquello que podemos obtener" (39).

John y Ewald, Uwe, "Die Widersprüchlichkeit des Liszt'schen Konzepts vom Strafrecht und ihre historisch-materialistische Erklärung", en "Liszt der Vernunft", cit., ps. 80/96; Ewald, Uwe, "Theoretische Probleme und Ideologie des Tatstrafrechts im imperialistischen Deutschland, Dissertationsschrift A", Berlin, 1983; id., "Die Notwendigkeit vertiefter Kritik der Auffassungen des Franz Eduard von Liszt zu Verbrechen und Strafrecht", en "Staat und Recht", ps. 6/83. Al respecto, Naucke, Wolfgang, "Über die Zurechenbarkeit", ps. 259/260.

(35) En este sentido, ya el mismo título del trabajo de Renneberg, Joachim: "Die kriminalsoziologischen und kriminalbiologischen Lehren und Strafrechtsreformvorschläge Liszts und die Zerstörung der Gesetzlichkeit im bürgerlichen Strafrecht", cit.

(36) También el psiquiatra Emil Kraepelin desarrolló una teoría de la recuperación que consideraba al delincuente como enfermo, y según la cual el incapaz de corrección debía ser internado de por vida o deportado. Sobre Mittelstadt y Kraepelin ver Vormbaum, Thomas, "Einführung...", cit., p. 123 y ss. Sobre Emil Kraepelin y sus relaciones con Franz von Liszt ver Schmidt-Recla, Adrian y Steinberg, Holger, "Eine publizistische...", cit.

(37) Binding, Karl, en el prólogo a su "Grundriss des Strafrechts, AT", 1906. Sobre Binding y la llamada "lucha de escuelas" ver Frommel, Monika, "Präventionsmodelle...", cit., p. 42 y ss.; Kögler, Matthias, "Die zeitliche Unbestimmtheit der freiheitsentziehender Sanktionen des Strafrechts", Frankfurt am Main, 1988; Bohnert, Cornelia, "Zu Strafrecht...", cit.; Koch, Amdt, "Binding vs. Liszt...", cit.; Kubink, Michael, "Strafe...", cit. Ver también la exposición general en Vormbaum, Thomas, "Einführung...", cit., ps. 137 y 140.

(38) Ya Radbruch, Gustav, ob. cit., p. 225, comentaba: "Lo común entre ellos (sc., von Liszt y Binding) es mucho más que lo que los separa".

(39) Von Liszt, Franz, "Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe", en "Strafrechtliche Vorträge...", cit., p. 368.

Frente a estas palabras de Von Liszt, posiblemente no resulte injustificada la crítica ensayada por autores antiliberales que, por un lado, afirma que la escuela moderna (Von Liszt) revela los mismos vínculos ideológicos que informan la escuela clásica (Binding), y que, por el otro, destaca que una realización consecuente de las penas de aseguramiento y de la corrección que propone la escuela moderna ofrece resultados incompatibles con el ideal liberal. Ambas tendencias, en definitiva, querían alcanzar por distintas vías el mismo objetivo; un objetivo que Klaus Marxen, con acierto, ha denominado "lucha contra el Derecho Penal liberal" (40).

VII. Y si todo esto fue propuesto por los penalistas cualificados de aquel tiempo, en medio del período de expansión política, económica y militar del Segundo Imperio alemán –con Bismarck en el cénit–, puede imaginarse cómo debieron pensar los penalistas y políticos reaccionarios o conservadores cuarenta años más tarde, tras la derrota alemana en la Primera Guerra Mundial y del humillante Tratado de Versalles, en un país devastado, con millones de desempleados y con un aumento de la criminalidad hasta entonces desconocido en la Alemania civilizada y disciplinada del Canciller de Hierro y del emperador Guillermo II.

Para aquel entonces Von Liszt había muerto recientemente, pero había muchos discípulos que se habían formado en su entorno y que siguieron las ideas del maestro.

Entre ellos se encontraba Gustav Radbruch –miembro del SPD y ministro de Justicia en el gobierno del canciller Wirth–, quien, frente al aumento de la crisis social y económica fruto del desempleo que experimentaba Alemania luego de la Primera Guerra Mundial, se sentía políticamente obligado a dar una respuesta a este problema, por así decirlo, ecléctica. Por este motivo, en su carácter de ministro de Justicia, elaboró un Proyecto de Código Penal que seguía una línea que –con mayor o menor claridad– ya había sido trazada en proyectos anteriores, y que recogía la propuesta formulada por el suizo Carl Stooß en su Anteproyecto de 1896; es decir, el famoso dualismo o sistema de la doble vía o de la doble reacción, que, juntamente con la pena para los delincuentes ocasionales, preveía la imposición de medidas para delincuentes profesionales o reincidentes.

Durante el período de la República de Weimar (1918-1933) empezaron a introducirse en la legislación penal las tendencias que Franz von Liszt había ya sugerido antes de la Primera Guerra Mundial.

Por una parte, fue renovado el viejo Derecho Penal –aún determinado por las ideas de la escuela clásica– mediante reformas parciales que introdujeron un sistema de pena pecuniaria ajustada a las relaciones económicas del autor, así como la conversión de la pena de prisión menor a tres meses en pena de multa y la cancelación de las penas dinerarias inafrentables a través de trabajo libre. En 1923 se creó, además, el Derecho Penal juvenil, que preveía la condena de ejecución condicional para menores de entre 14 y 18 años y limitaba la pena mediante medidas educativas. Asimismo, fue reformada la ejecución penal e incorporada la extinción de la pena para la rehabilitación del condenado (41).

Estas reformas se correspondían superficialmente con las propuestas de reforma de Franz von Liszt, quien previamente había recomendado en sus escritos la eliminación de las penas de prisión de corta duración, la introducción de la condena condicional, la ampliación del ámbito de aplicación de la pena de multa y muchas otras medidas de prevención especial positiva orientadas a la resocialización del delincuente necesitado de corrección (42). En esta dirección se dirigía también el Proyecto de Código Penal de 1922, elaborado personalmente por Gustav Radbruch durante su etapa de ministro de Justicia (43). En este proyecto se propugnaba incluso la abolición de la pena de muerte; y posteriormente ejerció una gran influencia sobre el Proyecto Alternativo redactado por un grupo de jóvenes penalistas en 1966 (44).

Por otro lado, el Proyecto de Radbruch incorporaba la custodia de seguridad, que también respondía a una demanda de Von Liszt, y que, al igual que la pena de aseguramiento por tiempo indeterminado que él proponía, también estaba dirigida a la "inocuidación" preventivo-especial-negativa de los denominados incorregibles (45).

En este sentido, en la Fundamentación o Exposición de Motivos de su Proyecto Radbruch decía lo siguiente:

(40) Marxen, Klaus, *"Der Kampf gegen das liberale Strafrecht"*, 1974, p. 41 y ss. (con comprobaciones adicionales).

(41) Para una información general sobre la obra reformista en materia político-criminal de la República de Weimar ver, por ej., Baumann, Jürgen, Weber, Ulrich y Mitsch, Wolfgang, *"Strafrecht. Allgemeiner Teil"*, p. 62 y ss.; Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas, *"Lehrbuch des Strafrechts"*, 7ª ed., 2004, p. 95; y Roxin, Claus, *"Strafrecht Allgemeiner Teil"*, cit., t. 1, p. 111 y ss. Para una información más detallada sobre los trabajos de reforma y sobre la Ciencia del Derecho Penal durante este período ver Vormbaum, Thomas, *"Einführung..."*, cit., ps. 156/183; y Kubink, Michael, *"Strafe..."*, cit.

(42) Ver *supra*, pto. IV.

(43) Schmidt, Eberhard, *"Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), mit einem Geleitwort von Bundesjustizminister Dr. Thomas Dehler und einer Einleitung von Professor Dr. Eberhard Schmidt"*, Tübingen, 1952. Sobre los diversos proyectos de Código Penal en el período de la República de Weimar (1919, 1922, 1925, 1927, 1930) ver Vormbaum, Thomas y Rentrop, Kathrin, *"Reform des Strafgesetzbuchs. Sammlung der Reformentwürfe"*, Berlin, 2008.

(44) Cfr., por ej., los artículos de Kaufmann, Arthur, *"Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs"*, y de Baumann, Jürgen, *"Konsequenzen aus einer Reformarbeit. Nicht aufgenommene Vorschläge für die Strafrechtsreform"*, en *"Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch"*, Göttingen, 1968. En relación con la influencia de Von Liszt sobre el Proyecto Alternativo de 1966 ver Roxin, Claus, en ZStW, cit.

(45) Ver *supra*, pto. IV.

"Por lo demás, el Proyecto propone una dura reacción contra la delincuencia habitual, especialmente contra la delincuencia profesional que, como consecuencia de la guerra, ha adoptado las formas más amenazantes. Quien, a través de múltiple reincidencia, es caracterizado como un delincuente habitual peligroso para la seguridad pública, puede según el Proyecto ser castigado con penas de prisión que pueden alcanzar una escala máxima de cinco años en caso de delitos menos graves y de quince años en caso de delitos graves (§ 77). Aquí se prevé entonces un marco penal especial contra un determinado tipo de personalidades criminales, sin consideración al tipo de delito. En la medición de la pena, el hecho se ubica completamente en un segundo plano respecto del autor. Pero el Proyecto no se conforma con la pena que, aunque elevada, permanece limitada. También crea la posibilidad de que los delincuentes habituales mencionados en el § 77, cuando cumplan la pena de prisión sin haberse rehabilitado, sean retenidos para seguridad de la sociedad incluso después del cumplimiento de la pena, es decir, se ordena la custodia de seguridad por un tiempo a priori indeterminado (45 §).

"Por el contrario, el Proyecto no ha adoptado la 'sentencia condenatoria indeterminada'. Donde es impuesta una pena, la medida de esa pena ya debe ser determinada en la sentencia. Aunque la idea básica de la condena indeterminada -hacer depender el final anticipado o tardío de la pena de prisión del efecto de su ejecución sobre el condenado- encuentra no obstante suficiente consideración en el Proyecto...

"El confinamiento por tiempo indeterminado, rechazado por el Proyecto para la pena, halla en cambio múltiple aplicación en la medida de internamiento de custodia de seguridad que se contiene en el mismo".

Con razón, señala Eberhard Schmidt en su "Introducción" a este Proyecto de Radbruch de 1922, publicada en el año 1952 (46):

(46) Cfr. Schmidt, Eberhard, "Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922)...", cit., p. XXI.

(47) Schmidt, Eberhard, "Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922)...", cit., p. XXII. La situación política en la que tuvo origen el Proyecto es descrita por el propio Radbruch en su autobiografía "Der innere Weg. Aufriss meines Lebens", 1ª ed., 1915, ps. 113 y 115 (también, en Radbruch, Gustav, "Gesamtausgabe 16, Biographische Schriften...", ps. 260 y 261).

(48) Schmidt, Eberhard, "Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922)...", cit., ps. XXII/XXIII.

(49) Schmidt, Eberhard, "Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922)...", cit., p. XXIII. El sistema sustitutivo o vicarial puede, por cierto, regular de otra manera la relación entre pena y medida. Este sistema fue adoptado, por ej., en la propuesta de un Anteproyecto de Código Penal español de 1983 como fórmula general para las medidas. A diferencia del Proyecto de Radbruch, en el Anteproyecto español la duración de la medida no puede superar el marco previsto para la pena. En éste la duración de una medida de seguridad privativa de libertad no puede exceder del tiempo que hubiera durado la pena si se hubiera impuesto, mientras que en el Proyecto de Radbruch la medida de seguridad tenía que durar "por lo menos" lo mismo que la pena (cfr. al respecto Muñoz Conde, Francisco, "Vorschlag eines neuen Maßregelnsystems", en Hassemmer, Winfried [Hrsg.], "Strafrechtspolitik, Bedingungen einer Strafrechtsreform", Frankfurt am Main, 1986, p. 117 y ss.). Esta regla se ha convertido en parte del derecho vigente en el art. 6.1, Código Penal español de 1995, que no obstante no contiene la medida de custodia de seguridad. De acuerdo con el art. 6.1, Código Penal actualmente vigente en España: "La duración de la medida no puede exceder a la de la pena" (cfr. también Muñoz Conde, Francisco, "Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht", en GA, 1984, p. 229: "Resulta, por ende, irrenunciable que el hecho punible cometido constituye la frontera absoluta que no debe ser traspasada en ningún caso"). Así, pues, puede señalarse, con Winfried Hassemmer ("Einführung in die Grundlagen des Strafrechts", 2ª ed., 1990, ps. 240 y 241), que "La gran tarea constitucional y político-criminal no consiste hoy en la reactivación de la oposición entre culpabilidad y peligrosidad, sino en el desarrollo de instrumentos que, por un lado, produzcan que el delincuente encuentre una consecuencia penal que sea una respuesta lo más precisa posible a su hecho y a su personalidad, y que, por el otro lado, garanticen que el autor -tanto en el ámbito de las medidas como en el de las penas- esté protegido frente a intervenciones desproporcionadas en sus derechos. Frente a esta tarea, la diferencia entre pena y medida resulta de segundo rango".

"La posición fundamental de una ley respecto del sentido y del cometido de la pena emerge con especial claridad de la forma en que la ley se pronuncia sobre la cuestión de la relación entre pena y medidas de seguridad. En particular, es de un significado revelador la respuesta que la ley da a esta cuestión en relación con el delincuente habitual".

"Es comprensible" -continúa Schmidt- "que, respecto de este problema central de la moderna Política Criminal y de la Dogmática Penal, el ministro de Justicia no pudiera sentirse tan libre como el intelectual Gustav Radbruch" (47).

Pero esta nítida doble vía en las consecuencias jurídicas del hecho punible pretendió ser aunada, abriendo la posibilidad en el § 48 de que la custodia de seguridad pudiera sustituir la pena (48). A este respecto el § 48.1 establecía: "Si se impone la custodia de seguridad junto con una pena, el tribunal puede ordenar que la custodia se aplique en lugar de la pena".

Pero el § 48.11 rezaba, asimismo, que

"El condenado en un caso tal debe permanecer en el establecimiento penitenciario al menos tanto tiempo como duraría la pena".

Schmidt, comentando este apart. II del § 48, decía lo siguiente:

"Esto sólo puede significar que la custodia de seguridad debe y también puede adoptar completamente la función de la pena. Sin embargo, dado que la custodia de seguridad del § 46 del Proyecto puede durar tanto como lo requiera el fin de su imposición (es decir, la protección de la sociedad), se obtiene con este sistema, de todos modos, exactamente lo mismo que Franz von Liszt había querido alcanzar con su pena de aseguramiento indeterminada" (49).

No obstante, los Proyectos posteriores de 1927 y 1930 abandonaron este sistema vicarial, y la Ley de Delincuencia Habitual del 24/11/1933 mantuvo definitivamente la

estricta dualidad entre pena y medida de custodia de seguridad. Tal como expresa Schmidt:

"Detrás de la 'solución' introducida por la Ley de Delincuencia Habitual de 1933 se encontraba la fatal palabrería nacionalsocialista acerca de la función 'expiatoria' de la pena, que no debía ser perjudicada a través de la función de aseguramiento de la custodia. Pero debe quedar claro el hecho de que el nacionalsocialismo había desnaturalizado de la manera más abominable el sentido de la idea de expiación, tomándolo este concepto ético como pretexto de su terror penal" (50).

VIII. Las consecuencias perversas de este sistema se revelaron precisamente en el nacionalsocialismo.

Así, por ejemplo, puede leerse en Jescheck y Weigend que "La custodia de seguridad, introducida junto con las demás medidas en el año 1933, encontró una aplicación frecuente durante el Tercer Reich respecto de los delincuentes reincidentes de todo tipo" (51).

En efecto, según Joachim Hellmer (52), entre 1934 y 1942 fueron impuestas cerca de 16.000 custodias de seguridad.

"Se puede partir de la base" –explica Monika Frommel (53)– "de que fueron enviados a campos de concentración. Hasta el día de hoy, los denominados 'criminales' asesinados en los campos están en mayor o menor medida olvidados. No son reconocidos ni como grupo ni como víctimas individuales del nacionalsocialismo, lo que explica, por otra parte, por qué la Ley de Delincuencia Habitual no se trata de ordinario como un ejemplo particularmente ilustrativo de la política criminal nacionalsocialista".

Pero si se recuerdan las palabras de Von Liszt y de Binding, se comprenderá por qué esta impronta se configuró en las generaciones posteriores. Naturalmente existen diferencias

entre aquello que dijeron los autores en relación con los delincuentes habituales y la praxis jurídico-penal elaborada treinta o cuarenta años más tarde por la jurisprudencia nacionalsocialista siguiendo esas ideas, sin que las precauciones y reservas que había al respecto en el Proyecto Radbruch pudieran servir de algún modo como freno. No obstante, aun en los años treinta la praxis nacionalsocialista experimentó refuerzos teóricos de parte de los representantes del ala derecha de Von Liszt, Franz Exner y Eduard Kohrausch, y del penalista conservador Edmund Mezger, quien, con su teoría de la "culpa por la conducción en la vida", legitimaba el agravamiento de la pena para los reincidentes y, además, propugnaba la introducción del "arresto policial", aplicado por la Gestapo contra los "enemigos del pueblo", para terminar finalmente elaborando un proyecto para el tratamiento de los "extraños a la comunidad", en el que claramente proponía su exterminio o eliminación ("Ausmerzung").

La circunstancia de que el gobierno de entonces no estuviera del todo satisfecho con la Ley de Delincuencia Habitual de 1933 hizo que en 1944 aprobara un proyecto de ley redactado en 1943 por Edmund Mezger y Franz Exner, que, junto con el nuevo Código Penal, debía entrar en vigor el 1/1/1945. Este Proyecto no sólo preveía el envío a prisión por tiempo indeterminado para los por él denominados "extraños a la comunidad" (se aludía a los asociales de todo tipo, delincuentes, pero también homosexuales, "disolutos", "holgazanes", etc.), sino también la pena de muerte, la castración de los homosexuales y la esterilización de los asociales. A ello deben también añadirse otros marginados (mendigos, alcohólicos, prostitutas, etc.) que fueron directamente enviados por la policía (Kripo, Gestapo o SS) a los campos de concentración (54).

(50) Schmidt, Eberhard, "Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922)...", cit.

(51) Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas, "Lehrbuch des Strafrechts", cit., p. 814.

(52) Hellner, Joachim, "Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945", Kiel, 1961. Al respecto, el tutor de esta tesis de doctorado, el penalista de Kiel Hellmuth Mayer ("Strafrechtsreform für heute und morgen", 1962, p. 163, nota 13), señala que "ya no es más susceptible de comprobación cuán grande fue el número de los destinados a custodia de seguridad en 1942. Pueden haber sido unos 15.000. Según el escrito presentado por la defensa de los funcionarios ministeriales obligados (sic) a cooperar, al menos 9000 personas fueron condenados a esta medida de internamiento en custodia de seguridad, de ellas aproximadamente 8000 habrían muerto". Si estos funcionarios ministeriales (probablemente se refiera a los juristas que fueron posteriormente condenados en el denominado "proceso contra los juristas") fueron o no efectivamente "obligados" a ello es un asunto que permanece aquí abierto.

(53) Frommel, Monika, "Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus", en "Festschrift für Stefan Gagner", München, 1991, p. 56.

(54) Al respecto ver Muñoz Conde, Francisco, "Edmund Mezger. Beiträge zu einem Juristenleben", Berlin, 2007, p. 47 y ss (en español: "Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal nacionalsocialista", 4 ed., Valencia, 2003; hay traducción al portugués de Paulo Busato, São Paulo, 2004). Sobre este Proyecto de Ley para el Tratamiento de los Extraños a la Comunidad, elaborado por Edmund Mezger y Franz Exner, ya había llamado la atención anteriormente Werle, Gerhard, "Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich", 1989, p. 621 y ss. En relación con este proyecto ver también "Gemeinschaftsfremde", Quellen zur Verfolgung von 'Asozialen' 1933-1945", editado por Wolfgang Ayass, Koblenz, 1998. Sobre la situación de los detenidos durante el nacionalsocialismo ver Wachsmann, Nikolaus, "Gefangen unter Hitler", 2006, ps. 105/165. Recientemente, sobre Franz Exner, ver Scheerer, Sebastian y Lorenz, Doris, "Zum 125. Geburtstag von Franz Exner (1881-1947)", en "Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 89", 2006, ps. 436/454; Sebald, Andrea E., "Der Kriminalbiologe Franz Exner (1881-1947): Gratwanderung eines Wissenschaftlers durch die Zeit des Nationalsozialismus", Frankfurt am Main, 2008; Fuchs, Walter, "Franz Exner (1881-1947) und das Gemeinschaftsfremdengesetz. Zum Barbarisierungspotenzial moderner kriminologischer Wissenschaft", Berlin, 2008; Kruwinnus, Thorsten, "Das enge und das weite Verständnis der Kriminalsoziologie bei Franz Exner. Eine vergleichend-werkimmanente Vorstudie", Berlin, 2009. Ya en 1934 Franz Exner reconoció que la Ley de Delincuencia Habitual de 1933 debía atribuirse a las propuestas de Von Liszt (ZStW, t. 53, 1934, p. 629 y ss.).

IX. Cuando en 1950, en su artículo publicado como apéndice a la tercera edición inalterada de su "Tratado de Derecho Penal", Edmund Mezger manifestaba que

"La Dogmática Penal ha permanecido largo tiempo alejada del interés jurídico-penal. Su joven y más mundana hermana, la Política Criminal, la ha ensombrecido" (55), sabía exactamente de qué Política Criminal "más mundana" se trataba.

En el año 1933, en el que llegó a la Facultad de Derecho de Munich como sucesor de Ernst Beling, Mezger había publicado no solamente la segunda edición de su "Tratado de Derecho Penal", sino también una "Política criminal sobre bases criminológicas", en cuyo prólogo revelaba súbitamente su veta político-criminal y pregona desde el primer momento:

"El nuevo Estado total se construye sobre las dos ideas fundamentales de pueblo y raza. También el Derecho Penal es profundamente alcanzado por esta revolución" (56).

Con esta nueva Política Criminal, sin duda alguna, el Derecho Penal se transformó fuertemente en los años siguientes, de tal forma que se convirtió en un medio ineludible no sólo para el mantenimiento de la comunidad popular basada en la raza, la historia y el liderazgo, sino también para la "eliminación de los sectores social y racialmente nocivos de la población".

Las terribles consecuencias de esta perversión del Derecho Penal a través de la Política Criminal del nacionalsocialismo son mundialmente conocidas en la actualidad: penas de muerte en una magnitud desconocida hasta ese momento, envío a campos de concentración y esterilización y castración de los denominados "extraños a la comunidad" (asociales, delincuentes consuetudinarios, "disolutos", homosexuales, etc.).

Después de esta horrible experiencia, puede comprenderse que muchos penalistas alemanes, que habían presenciado o incluso acompañado las crueles consecuencias de esta Política Criminal, ni siquiera quisieran volver a emplear esa palabra. La Dogmática Penal y la refinada polémica en torno al concepto ontológico de acción como fundamento de la teoría del delito y de la posición sistemática del dolo en su estructura hicieron las veces de un *refugium peccatorum* para quienes habían cometido tales pecados político-criminales en la etapa anterior. Si ese flamante interés en la Dogmática Penal fue utilizado como encubrimiento del pasado o como subterfugio, eso ha de permanecer abierto. Winfried Hassemer ha descrito de forma universal las razones para un tal vuelco repentino: quien

recurre en la posguerra al debate sobre el Derecho natural y funda el Derecho Penal sobre seguridades apriorísticas y estructuras lógico-materiales, dirige el foco científico a un aspecto atemporal y puede ponerse a resguardo de preguntas incómodas sobre el pasado reciente (57).

De ese modo, la Política Criminal y Franz von Liszt fueron desechados en la posguerra como un recuerdo únicamente histórico (58). Sin embargo, los mismos penalistas que de aquí en adelante pretendieron entender la Ciencia Penal sólo como Dogmática Penal no tuvieron ningún problema, como miembros de la Gran Comisión del Derecho Penal, de participar en la elaboración del Proyecto de 1962, y, naturalmente, adoptaron decisiones político-criminales que siempre iban en una dirección conservadora en ámbitos como la pena de prisión o los delitos contra el Estado o las buenas costumbres.

Como reacción frente a esta tendencia político-criminal conservadora, un grupo de penalistas alemanes, integrantes de la generación más joven, redactó en 1966 un Proyecto Alternativo que recogía muchas de las ideas de Von Liszt, tales como la reducción de las penas cortas de prisión y su reemplazo por penas pecuniarias, etc. Claus Roxin, uno de los autores del Proyecto Alternativo, decía entonces: "El Proyecto Alternativo se ubica en una línea histórica que se remonta a Franz von Liszt" (59). Esta línea no es más que el lado positivo de las ideas político-criminales de Franz von Liszt: la eliminación de la idea retributiva, el predominio de la prevención especial frente a la prevención general, la resocialización de los delincuentes necesitados de corrección, la limitación de la pena a la protección de bienes jurídicos, etc. Respecto de la otra cara, esto es, de la idea de la pena de aseguramiento para los delincuentes habituales y de los "incoregibles", ya no había más nada que hablar. En lugar de ello, para aquellos que se han convertido en múltiples reincidentes y ya no pueden ser resocializados a través de penas privativas de la libertad adecuadas a la culpabilidad, se incorporó como medida la remisión a un establecimiento de terapia social "que tenga en cuenta en el mayor grado realizable lo que resulte deseable desde el punto de vista preventivo especial, sin limitación a través de la medida de la culpabilidad". En cuanto a la idea de la "inocuidación de los incorregibles" propuesta por Von Liszt, Roxin manifestó expresamente que ésta "no tuvo eco en el Proyecto Alternativo" (60).

De esta manera recobró vida nuevamente la concepción de Von Liszt orientada hacia la prevención especial positiva, y la Política Criminal fue otra vez establecida como objeto prioritario de la Ciencia del Derecho Penal. Pocos

(55) Mezger, Edmund, "Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik", 1950, p. 1 (traducción española de Muñoz Conde, Francisco, "Modernas tendencias del Derecho Penal". Valencia, 2001).

(56) Mezger, Edmund, "Vorwort zu Kriminalpolitik auf kriminologische Grundlage", 1934.

(57) Hassemer, Winfried, en Eser, Albin, Hassemer, Winfried y Burkhardt, Björn (eds.), "Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende", München, 2000, p. 28.

(58) En este sentido, Roxin, Claus, ZStW, cit., p. 614.

(59) Íd.

(60) *Ibid.*, p. 635.

años más tarde Roxin propuso incluso un sistema de Derecho Penal fundado político-criminalmente (61), desarrollado tiempo después como base teórica de su "Tratado de Derecho Penal" (62).

Desde entonces la Política Criminal se ha ubicado en el centro del interés jurídico-penal, si bien aún es problemática su relación con la Dogmática Penal y no es infrecuente la práctica de incursiones ilegítimas entre ambas (63). Así, por ejemplo, en su trabajo crítico sobre el Programa de Marburgo, Wolfgang Naucke ha advertido que una Dogmática Penal establecida sobre la Política Criminal puede ser convertida en una dogmática de la persecución penal, que utilice el Derecho Penal como un instrumento de la Política Criminal y no como límite de la misma (64).

Este peligro, naturalmente, no puede descartarse sin más. Esto no significa, empero, que la Política Criminal deba ser desterrada del la Ciencia Jurídico-Penal, o que la Dogmática Penal no deba tener ninguna relación con aquélla, sino más bien que la Política Criminal (sea socialista, capitalista o liberal) debe respetar ciertas reglas compatibles con los principios constitucionales y del Estado de Derecho. Como señala Baumann:

"La actuación racional dirigida a un fin necesita por tanto de una base axiológica, que permita al sujeto que decide valorar las consecuencias de su elección y balancear los probables beneficios y perjuicios de sus alternativas... Debe ser pues una determinada base axiológica, la base a partir de la cual se puedan rechazar las propuestas de Von Liszt y formular alternativas" (65).

En mi opinión, este debate acerca de los límites y competencias de ambas materias, mientras la discusión sobre las relaciones entre Derecho Penal y Política Criminal se desarrolle dentro del marco fijado por los principios constitucionales del Estado de Derecho y no ponga en cuestión derechos humanos fundamentales reconocidos nacional e internacionalmente, es completamente legítimo y puede resultar fructífero no sólo para la interpretación y sistematización del Derecho Penal vigente, sino también para su reforma. Si se trata por ejemplo de una reforma de la legislación penal, son los problemas político-criminales —no los dogmático-penales— los que se ubican en primer plano. El peso de la Dogmática Penal en caso de una reforma

penal es, pues, muy limitado. Pero incluso aquí ha tenido lugar una evolución, a través de la cual la Dogmática Penal ha mostrado mayor interés en la política, desempeñando tareas de asesoramiento, cooperando productivamente en una extensión del Derecho Penal y desarrollando nuevos conceptos a fin de ajustarse al Derecho Penal "moderno". La tarea de la Dogmática Penal en el futuro podría, entonces, consistir en abrir la puerta a la reforma del Código Penal mediante el ejercicio de una crítica al derecho penal vigente. De esta forma puede convertirse en una Dogmática Penal crítica, portadora de puntos de vista político-criminales, como parte de una ciencia jurídico-penal total, que remite a su entorno y tematiza las expectativas que se le dirigen desde ese entorno (66).

Pero si se reconoce y admite que también en las sociedades actuales, junto con un Derecho Penal que observe las garantías y límites del poder penal en el Estado de Derecho, debe existir todavía otro Derecho Penal, un "Derecho Penal del enemigo", mediante el cual el Estado debe reaccionar más combativamente respecto de determinados sujetos que atacan grave y reiteradamente normas sociales fundamentales, sin tener que respetar las garantías y en principios del Estado de Derecho (67), entonces el regreso de aquello que antes hemos señalado como lado negativo de Von Liszt no es para celebrar, sino más bien para llorar: el Derecho Penal no es, entonces, ninguna "barrera insuperable" de una Política Criminal que no respeta los límites y principios del Estado de Derecho, sino que se convierte en un instrumento para su realización.

La cuestión es, pues, nuevamente, si debe existir una Política Criminal y ésta debe ser tenida en cuenta por la Dogmática Penal. Política Criminal, bien, pero ¿cuál?, y ¿de qué Política Criminal se trata?

En el marco del "Derecho Penal del enemigo", según Jakobs, para luchar efectivamente contra "enemigos o no-personas", el Estado interviene con penas draconianas y desproporcionadas, declara como punibles acciones en sí inofensivas o que están muy lejos de representar una amenaza o riesgo para un bien jurídico, y —lo más grave— elimina o reduce al mínimo garantías y derechos del imputado en el proceso penal. Un panorama, como el propio Jakobs concede, "que suena desagradable" pero que, según dice, es inevitable, "toda vez que trata sobre la impo-

(61) Roxin, Claus, "*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*", 1ª ed. de 1970, 2ª ed. de 1972.

(62) Roxin, Claus, "*Strafrecht Allgemeiner Teil*", cit.

(63) Cfr. Hassemer, Winfried, "*Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*", 1974, p. 195 y ss.

(64) Cfr. Naucke, Wolfgang, en ZStW, cit., t. 94, p. 563; id., "*Über die Zerbrechlichkeit*", cit., p. 427 y ss.; al respecto, críticamente, Baumann, Miachel, en "*Liszt der Vernunft*", cit., p. 72 y ss.

(65) Baumann, Miachel, en "*Liszt der Vernunft*", cit., p. 73.

(66) Sobre ello ya me he pronunciado desde hace tiempo (ver Muñoz Conde, Francisco, "*Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*", en "*Strafrecht und Strafrechtsreform*", Köln, 1975, p. 310; id., "*Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik*", en "*Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Sonderheft: Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*", 2000, p. 130; ver también en Eser, Albin, Hassemer, Winfried y Burkhardt, Björn [eds.], "*Die Deutsche Strafrechtswissenschaft...*", cit.).

(67) Ésta es la tesis que Günther Jakobs ha defendido repetidamente desde su conferencia en el Congreso de Berlín en octubre de 1999 (ver Jakobs, Günther, "*Kommentar zum Hauptreferat von Hassemer*", en Eser, Albin, Hassemer, Winfried y Burkhardt, Björn [eds.], "*Die Deutsche Strafrechtswissenschaft...*", cit., p. 47 y ss.).

sibilidad de una juridicidad universal; es decir, contradice la equiparación de racionalidad y personalidad” (68).

No deseo ocuparme en este lugar de la tesis de Jakobs –que ya he criticado reiteradamente (69)–, sino únicamente indicar que esta tesis se asemeja espantosamente a la “inocuidación de los incorregibles” postulada por Franz von Liszt, y a la “eliminación de los racial o socialmente nocivos” propuesta por Mezger, y que, de este modo, el espectro de un Derecho Penal autoritario vuelve a mostrar su faz tenebrosa sobre nuestras sociedades democráticas.

X. La propuesta de Von Liszt para el tratamiento de los delinquentes habituales –la inocuidación– mostró su lado negativo, incluso en la versión de la medida de custodia de seguridad que introdujo en su Proyecto de Código Penal de su discípulo Gustav Radbruch, en el abuso que de la misma realizaron los nacionalsocialistas, manipulando esta propuesta ya en sí misma criticable, que posteriormente, con un proyecto tan inhumano y brutal como el del “tratamiento de los extraños a la comunidad”, llevaron hasta sus últimas consecuencias, siguiendo las recomendaciones de Von Liszt para la inocuidación de los “incorregibles”. No resulta por ello sorprendente que algunos autores afirmen que la Política Criminal de los nacionalsocialistas no representó una verdadera ruptura, sino más bien una continuidad de la Política Criminal proyectada por la burguesía conservadora y presentada por el gobierno durante la última etapa de la República de Weimar (70). No se trata

aquí de una continuidad personal, tal como ha sido mostrado en el caso del penalista dogmático Edmund Mezger o del discípulo de Von Liszt Eduard Kohlrausch (71). En el caso de Gustav Radbruch, removido de su cargo por los nazis ya en el año 1933, sucedió incluso lo contrario, lo cual demuestra claramente que en modo alguno fue partidario del nacionalsocialismo.

Se trata más bien de una continuidad estructural, del contenido, que fue proseguida después de la muerte de Von Liszt, en otro contexto político, por discípulos de ambas fracciones, y que, como señala Thomas Vormbaum, se prolonga hasta la actualidad (72). No cabe ninguna duda de que la fundamentación conservadora y autoritaria respecto del tratamiento de los delinquentes habituales que, desde los tiempos de Von Liszt, se había extendido como un hilo conductor a través de los proyectos de la República de Weimar, le vino muy bien al nacionalsocialismo para llevar a cabo su propia Política Criminal. No es, por tanto, sorprendente que la Ley de Delincuencia Habitual de 1933 fuera la primera reforma del Derecho Penal emprendida por el nuevo régimen. En este sentido, puede decirse que la reforma penal nacionalsocialista fue, al menos en sus comienzos, el apogeo de la ideología antiliberal y autoritaria, caracterizada por los enunciados de Von Liszt en relación con el delincuente habitual y continuada en gran parte por los jueces y profesores más importantes de la República de Weimar (73). Evidentemente, estas tendencias experi-

(68) Jakobs, Günther, “Kommentar...”, cit., p. 53.

(69) Cfr., por ej., Muñoz Conde, Francisco, “Über das Feindstrafrecht”, 2007 (con prólogo de Winfried Hassemer); id., “Politische Straftat und Feindstrafrecht”, en *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2007; id., “Der Kampf gegen den Terrorismus und das Feindstrafrecht”, en *Festschrift für Klaus Volk*, 2009; id., “Politische Straftat und Feindstrafrecht”, en Vormbaum, Thomas (ed.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Berlín, 2009 (versión italiana en Gamberini, Alessandro y Orlandi, Renzo [eds.], *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007). En español la mayoría de estos trabajos están recogidos en la segunda edición de la monografía “De nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008; id., también, “Los orígenes ideológicos del Derecho Penal del Enemigo”, en *Revista Penal*, 2010 (publicado como monografía en México, Instituto de Formación Profesional, México DF, 2010).

(70) Esta tesis ya había sido defendida por penalistas de la RDA (cfr. referencias en nota 34).

(71) Sobre Mezger, cfr. Thulfaut, Gerit, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1982-1963)*, 2000; Muñoz Conde, Francisco, “Edmund Mezger...”, cit.; sobre Eduard Kohlrausch ver Karitzky, Holger, *Eduard Kohlrausch, Kriminalpolitik in vier Systemen, eine strafrechtshistorische Biographie*, 2002.

(72) Cfr. Vormbaum, Thomas, “Einführung...”, cit., p. 271. Además, ver Vogel, Joachim, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, Berlín, 2004.

(73) Sobre la posibilidad de la manipulación de ideas que pudieron haber sido admisibles en otro contexto político, en relación con la práctica jurisdiccional durante la República de Weimar, Kühnl (“*Die Weimarer Republik*”, 1984, ps. 101 y 102) señala lo siguiente: “...tales teorías, cuyas ‘normas supremas’ son derivadas de la naturaleza humana, de la naturaleza de la comunidad o de la voluntad de Dios, pueden ser rellenas con contenidos muy diversos. En la época de la Ilustración pudieron ser rellenas con contenidos progresistas, e introducidas con apelación a los derechos humanos generales contra el sistema absolutista existente. En la República de Weimar, sin embargo, fueron utilizadas por la derecha para restringir su validez y poner en cuestión las leyes aprobadas por el Parlamento y, de esta manera, sustraer lo más posible el poder ejecutivo estatal al control democrático. Estas teorías fueron completadas y efectivizadas en la práctica a través de la tesis de que, en razón de la ‘independencia’ del juez, cada tribunal tenía el derecho de examinar si las leyes sancionadas por el Parlamento estaban en consonancia con los principios de la Constitución. También aquí se abrió a la judicatura un amplio margen de interpretación, que permitía falsear arbitrariamente la voluntad de la Constitución”. Que la Constitución de la República de Weimar no ejerció gran influencia sobre la Ciencia Penal de aquel entonces es un hecho probado, que Hans Achenbach (“*Historische und systematische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*”, 1974, p. 135) confirma con las siguientes palabras, en relación con el desarrollo de la teoría de la culpabilidad durante ese periodo: “La escasa influencia de la Constitución, la Revolución de 1918 y la sanción de la Constitución de Weimar del 11/8/1919 apenas tuvieron influencia sobre la discusión científica en la teoría de la culpabilidad... La nueva posición del ciudadano individual en el Estado republicano y democrático y la introducción de los derechos fundamentales no fueron comprendidos como una llamada para la revisión del concepto tradicional de la culpabilidad y de su repercusión jurídica. Que la pena, como intervención en la libertad

mentaron una "radicalización o aceleración" (74) durante la época del nacionalsocialismo, que se extiende desde la Ley de Delincuencia Habitual hasta el Proyecto para el Tratamiento de los Extraños a la Comunidad, redactado por Mezger y Exner en 1943/1944 (75). De cualquier manera, la herencia de Von Liszt, con el abuso de su doctrina sobre la "inocuidad de los incorregibles y delinquentes habituales", en un sistema autoritario tan horrendo y atroz como lo fue el nacionalsocialismo, ha desacreditado algunas de sus ideas y puede hoy reputarse como amarga. Los teóricos del Derecho Penal deben entender esta experiencia histórica como una advertencia para el futuro, ser conscientes de cuán frágil (76) es el Derecho Penal del Estado de Derecho y de cómo ideas aparentemente inocuas o puramente teóricas pueden ser convertidas en un programa de aniquilamiento de los derechos humanos más elementales de muchas personas, independientemente de que se las caracterice como "incorregibles" (Von Liszt), como "extraños a la comunidad" (Mezger) o sencillamente como "enemigos o no personas" (Jakobs).

Lo alarmante no es sólo que estas realidades existan y se encuentren en los Códigos Penales de muchos países, sino también que sean fundadas y legítimas aún hoy con construcciones teóricas más o menos brillantes (77). El peligro de estas tendencias político-criminales para la Dogmática Jurídico-Penal es que, en lugar de ser una dogmática liberal, se convierta en una dogmática de la per-

secución penal, a fin de proveer al Estado recursos técnicos que la hagan efectiva (78). En tal caso podríamos llegar a una situación que Gustav Radbruch, en relación con la posición de algunos profesores alemanes sobre la Primera Guerra Mundial, explicaba gráficamente con estas palabras:

"Con demasiada frecuencia, tanto antes como durante la guerra, el profesor se había convertido en una trompeta que creía sonar por sí misma, sin darse cuenta de que eran otros los que la soplaban... Con el caudillismo y su parafernalia, las universidades fueron muchas veces arrastradas por el espíritu de la época, pero con frecuencia fueron ellas las que arrastraron a su vez al resto de la sociedad hacia aquel espíritu" (79).

En qué medida la obra de Franz von Liszt como dogmático-penal y como político-criminal puede clasificarse más en una o en otra tendencia puede hoy aún discutirse. Una cosa, no obstante, es segura: si no hubiera existido el nacionalsocialismo, probablemente hoy no caería ningún manto de dudas sobre las teorías de Franz von Liszt. Por otra parte, sin embargo, no debemos olvidar lo que manifestara Von Liszt en su "Lección inaugural de Marburgo" respecto de la por él sugerida "inocuidad" de los llamados "incorregibles", perfeccionada y aplicada por los nacionalsocialistas, con la teoría de los tipos de delinquentes y la Ley para el Tratamiento de los Extraños a la Comunidad, que los llevó a la "eli-

personal o en la propiedad, y la culpabilidad, como una de sus reguladoras esenciales, tienen también un aspecto relativo al Estado de Derecho, fue algo que no fue tenido en cuenta en ninguna parte. La tradición filosófica de la Ciencia del Derecho Penal había impregnado ya su conciencia de tal modo en las teorías de la parte general, en especial la teoría de la culpabilidad, en relación con el Código Penal, que la vinculación de este complejo con la frecuentemente desdeñada Constitución republicana quedó totalmente fuera del campo de su análisis". Sobre el significado de la verificación constitucional de las leyes en una democracia constitucional ver Hassemer, Winfried, "Verfassungsgerichtsbarkeit in einer Demokratie", en Hassemer, Winfried, "Erscheinungsformen des modernen Rechts", 2007, p. 63 y ss. Actualmente, la famosa frase de Von Liszt "El Derecho Penal es la barrera infranqueable de la Política Criminal" podría reformularse en el sentido de que en un Estado constitucional no debe ser el "Derecho Penal" sino el "Derecho Constitucional" la "barrera infranqueable de la política criminal", lo cual, por cierto, no significa, como lo muestra, entre otras, la polémica sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la aplicación adicional tras el cumplimiento de la pena de una medida de custodia de seguridad (cfr. BVerfGE 109, p. 133; 109, p. 190; NJW 2004, p. 750), que la jurisdicción constitucional funcione realmente siempre como una barrera de tales características (sobre la jurisdicción constitucional como límite de un denominado "Derecho Penal del enemigo" ver Muñoz Conde, Francisco, "Über das Feindstrafrecht", cit., ps. 22/34; id., "Der Kampf gegen den Terrorismus...", cit.; y demás trabajos citados supra, en nota 69. Cfr. también Heinrich, Bernd, "Die Grenzen des Strafrechts bei der Generalprävention", en ZStW, t. 121, 2009, p. 94 y ss.; Merquet, Geraldine L., "Feindstrafrecht. Eine kritische Analyse", Berlin, 2009; y los diversos trabajos recogidos en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos [eds.], "El Derecho Penal del enemigo, el discurso de la exclusión", Madrid, 2006; Gamberini, Alessandro y Orlandi, Renzo [eds.], "Delitto politico...", cit.; y Vormbaum, Thomas [ed.], "Kritik...", cit.).

(74) Expresiones utilizadas por Vormbaum, Thomas, "Einführung...", cit., p. 272, para describir esta evolución.

(75) Al respecto, Muñoz Conde, Francisco, "Edmund Mezger...", cit.

(76) El título del libro de Naucke "Über die Zerbrechlichkeit", citado anteriormente, alude precisamente a la "fragilidad" del Estado de Derecho.

(77) En este sentido advierte Agamben, Giorgio, "Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida", Valencia, 2003, p. 217, que a la vista de los horrores sucedidos en los campos de concentración durante el nacionalsocialismo, "la pregunta correcta no es requerir hipócritamente cómo fue posible cometer en ellos delitos tan atroces respecto de seres humanos; sería más honesto, y, sobre todo, más útil, indagar atentamente sobre los procedimientos jurídicos y los dispositivos políticos que hicieron posible llegar a privar tan completamente de sus derechos y prerrogativas a unos seres humanos hasta el punto de que realizar cualquier tipo de acción contra ellos no se considerara ya como un delito".

(78) Véase Vormbaum, Thomas, "Einführung...", cit., p. 274.

(79) Kahl, Wilhelm, "Die deutschen Universitäten und der Staat", Tübingen, 1926, Reihe Staat und Recht., n. 44, p. 33, citado por Kühnl, 106.

minación de los elementos social y racialmente nocivos de la población". Esto es, sin más ni más, una oscura y amarga herencia de las teorías de Franz von Liszt, herencia que él mismo, quizás, no hubiera podido siquiera imaginar.

Una apreciación de esta compleja personalidad y de su compleja labor, en mi opinión, sólo es factible si analizamos su vida y su obra en el contexto económico, político y social de su época, independientemente de los abusos y manipulaciones cometidos luego sobre sus ideas e, incluso, en su propio nombre.

Jurisprudencia

EXTRADICIÓN

Procedimiento – Recursos – Sentencia que concede la extradición – Apelación ordinaria ante la Corte – Admisibilidad – Plazo – Cinco días

1 – La sentencia de primera instancia que concede la extradición es susceptible de apelación ordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2 – El plazo para interponer recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación es de cinco días.

CORTE SUP., 5/10/2010 – Interpol

DICTAMEN DEL PROCURADOR FISCAL DE LA NACIÓN.

I. La defensa de Mario L. B. T. se presenta en queja ante VE en virtud de la denegatoria del recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado Federal n. 1 de Santa Fe, por la cual se concedió extradición al Reino de España.

II. Ahora bien, conforme surge de las actuaciones, el recurso de apelación ordinario previsto en el art. 33, ley 24767 (Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal), fue interpuesto contra "la decisión del juez en punto a la procedencia o improcedencia del pedido de extradición" (Fallos 331:2376) dentro del plazo previsto normativamente (ver fs. 217 y 218).

De este modo, habiéndose originado la presente queja en la denegatoria de la apelación ordinaria ante VE (Fallos 327:1678), entiendo que corresponde hacer lugar a la presentación directa e introducirse al análisis de los agravios traídos contra la sentencia que concede la extradición.

III. La defensa funda su impugnación contra lo dispuesto por el tribunal a quo en las siguientes consideraciones: 1) que no se determinó fehacientemente que la persona a quien se refiere la asistencia internacional es su pupilo; 2) que la descripción de los hechos es deficiente; 3) que no se comprueba el requisito de la doble subsumción; y 4) que los hechos prescribieron para la ley nacional.

IV. No es correcta la aserción de la defensa en cuanto a que no se haya acreditado que B. sea la persona requerida por las autoridades españolas (art. 15.b del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal con el Reino de España; cfr. ley 23708).

En este sentido, si bien le asiste razón en que difieren los datos aportados en la requisitoria con los de su pupilo en lo que se refiere a su primer nombre (Mariano en lugar de Mario) y el número del pasaporte extranjero (de Italia), adviértase que en un primer momento se refieren a él como Mario, nombre bajo el cual se libra la orden de detención (fs. 118/119), siendo luego corregido suponiendo algún error entre esos nombres parecidos (fs. 79 y 83/84), mas no en los datos restantes; esto es: segundo nombre y ambos apellidos (Luis B. T.), fecha y lugar de nacimiento (21/2/1958 en Esperanza, provincia de Santa Fe) y nombre de los padres (Marcelo y Ángela) que coinciden plenamente y se mantuvieron sin modificaciones a lo largo del proceso (fs. 35, 49 y 108).

De esta forma, no caben dudas en cuanto a que la persona cuya entrega se reclama es aquélla a quien se trajo a este juicio de extrañamiento.

V. Entiende la defensa que la descripción de los hechos realizada por las autoridades extranjeras y su consecuente calificación jurídica son incompatibles con las disposiciones convencionales. En lo que respecta a la reseña fáctica,