

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 Y LA METODOLOGÍA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ALEMANA. FRANZ VON LISZT

THE MEXICAN CONSTITUTION OF 1917
AND THE METHODOLOGY OF THE GERMAN
LEGAL-CRIMINAL SCIENCE. FRANZ VON LISZT

Carlos MIR PUIG*

RESUMEN: Presentando una ordenación crítica de las distintas direcciones metodológicas en la ciencia jurídico-penal alemana, a partir de la ilustración y hasta llegar a Franz Von Liszt, el artículo busca resumir esta ruta histórica haciendo una exposición de cada uno de los autores y escuelas comprendidos en el periodo histórico aludido, a fin de dar coherencia a la evolución y comprender finalmente aquellas características que permiten identificar a México entre un sistema penal propio de un Estado de Derecho y un Estado Social.

PALABRAS CLAVE: Franz Von Liszt; metodología de la ciencia jurídico-penal; constitución mexicana de 1917; política criminal; antropología criminal.

ABSTRACT: To present a critical ordering of the different methodological directions in the German legal-criminal science, from the Illustration to Franz Von Liszt, the article seeks to summarize this historic route by making an exposition of each of the authors and schools included in this period, in order to give coherence to the evolution and finally to understand those characteristics that allow to identify Mexico between an own Criminal justice system of a rule of law or a social State.

KEYWORDS: Franz von Liszt; methodology of legal-criminal science; Mexican constitution of 1917; criminal policy; criminal anthropology.

* Profesor de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona en España. Contacto: <carlos.mir@upf.edu>.

Fecha de recepción 4 de septiembre de 2016, fecha de aprobación para su publicación 30 de enero de 2017.

Revista de la Facultad de Derecho de México
Tomo LXVII, Número 267, Enero-Abril 2017

SUMARIO: I. Introducción. II. La metodología de la ciencia jurídico penal en Francia e Italia en el siglo XIX. III. La metodología en la ciencia jurídico-penal alemana del siglo XIX. IV. Especial mención a Franz Von Liszt. V. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es tratar de la metodología de la Ciencia del Derecho penal, es decir, de una ordenación crítica de las distintas direcciones metodológicas a partir de la Ilustración hasta llegar al eminente maestro Franz Von Liszt, y examinar el método seguido por él mismo en la ciencia jurídico-penal alemana, y examinar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, ahora que cumple su centenario.

Como es sabido el iniciador de la ciencia penal moderna, crítico con el derecho penal de *l'Anciène Régime* fue el ilustre jurista Cesare Beccaria Bonesana, (1738-1794), que pertenece al *iusnaturalismo racionalista* de la época de las luces, autor del breve pero contundente libro *Dei delitti e delle pene* (“De los delitos y las penas”), aparecido por primera vez y en forma anónima en Livorno durante el verano de 1764, cuando dicho autor contaba con sólo 26 años de edad, influido de las ideas de Montesquieu y de *l'esprit de moderation* de dicho gran pensador, y de las de Rousseau, dando un tratamiento coherente a los problemas procesales y penales, con un *espíritu humanista* y una notable capacidad de síntesis. Beccaria sometió a un enfoque unitario los horrores, defectos de la legislación y la práctica penal y procesal. Adoptó las críticas volterianas al procedimiento penal francés (las quejas de Voltaire, en 1762 contra el famoso

proceso de Pierre Calas), las censuras de Montesquieu a la inútil crueldad de las penas (*L'esprit des lois*), las protestas de algunos espíritus compasivos o humanitarios contra la tortura. Beccaria partió de unas premisas humanistas, moderadas, respetuosas para el hombre que hay en cada delincuente, tratando de eliminar los abusos e injusticias del antiguo sistema penal, mediante la elaboración de otro sistema más racional, mejor y más justo. Así, Beccaria abrió una nueva etapa en la historia de la ciencia penal, esbozando líneas generales de política legislativa, como la moderación de las penas, su proporcionalidad con el delito cometido, la rigurosa vigilancia para prevenir las acciones delictivas, la rapidez de expedición de los procesos y la prontitud y seguridad de las penas contra los delincuentes, y todo ello frente a un antiguo régimen, caracterizado por la ejecución cruel de la frecuente pena de muerte para numerosos delitos, reservándose para los más graves las ejecuciones más crueles, como hoguera, aceite hirviendo, el despedazamiento, la decapitación, el garrote, la horca, penas corporales, como mutilaciones, y aflictivas, torturas, presidios en minas o arsenales, galeras, destierro, etc., con utilización de un procedimiento penal inquisitorial, esto es, secreto, con clara desigualdad entre las partes, en perjuicio del presunto delincuente, con un sistema de pruebas legales y de elásticas presunciones que permitían probar casi cualquier acusación contra el reo, el cual disponía de muy menguados recursos defensivos, pasando a ser la confesión del delito la reina de las pruebas, entendida siempre como confesión de culpabilidad, pero careciendo de todo valor la afirmación de inocencia por parte del reo,¹ con un enorme arbitrio judicial.

El planteamiento metodológico es el racionalista, su objetivo era la búsqueda de las normas dictadas por la recta razón, es decir, racionalidad o derivación desde supuestos racionales

¹ BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Intro. Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar, 1982, pp. 9-53.

de la norma legal, eliminando el culto al derecho romano y a su tradición doctrinal, y la búsqueda de un derecho penal orientado según los principios liberales. Se parte, después de la *legalidad* del derecho penal. Es la ley penal –clara, sencilla y fácilmente inteligible por todo ciudadano– la que debe contener sin margen ninguno de incertidumbre ni riesgo de posibles interpretaciones falsamente aclaratorias, todos los elementos necesarios para que la labor judicial sea automática, de mera aplicación sin interpretación, eliminándose de este modo un poder judicial arbitrario.

En Francia, al cristalizar la filosofía político liberal a consecuencia de la Revolución francesa de 1789 en el Derecho positivo, imperó pronto el positivismo de Comte –1798-1857– (*Cours de Philosophie positive, Systeme de politique positive ou Traité de Sociologie*), siendo destacadísimos hombres de la Ilustración francesa, Montesquieu –1689-1755– (*l'esprit des Lois*),² Rousseau –1712-1778– (*“Le contrat social”, 1762*),³ Diderot –fallecido el año 1784–, François Marie Arouet, Voltaire –1694-1778– etc, quienes influyeron decisivamente en las ideas político liberales de su tiempo. Éstas implicaban un postulado: el *principio de legalidad*, axioma primero del Estado liberal y en particular de su Derecho penal, que venía a prohibir toda fuente de derecho desligada del poder legislativo del Estado, único poder que expresa la voluntad general, hasta el punto

² Su nombre es en realidad Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y barón de Montesquieu, quien estableció la división de poderes, el ejecutivo, el legislativo y el judicial para evitar el despotismo, lo que ha sido seguido por las democracias modernas. Así mismo dijo que los jueces deben ser “*las bocas que pronuncian las palabras de la ley*”, queriendo dar a entender que las mismas no deben ser interpretadas por los jueces o juristas, más allá del sentido de su texto.

³ Su nombre completo es Jean-Jacques Rousseau. Su contrato social defiende que la soberanía tiene su origen y fundamento en la convención de los hombres y no en la Naturaleza, siendo el hombre bueno por naturaleza, a diferencia de Hobbes que mantenía el lema *homo homini lupus* (el hombre, lobo para el hombre). Asimismo, siempre manifestó que los hombres deben ser iguales ante la ley, abogando por una radical democracia y soberanía del pueblo.

de que se entendió incompatible con una verdadera “interpretación” de las leyes por parte de los autores, prohibiéndose interpretar el *Code Napoléon*.⁴

II. LA METODOLOGÍA DE LA CIENCIA JURÍDICO PENAL EN FRANCIA E ITALIA EN EL SIGLO XIX

En Francia, la publicación a principios del siglo XIX de los códigos napoleónicos hizo que la mayoría de los juristas se centrara y limitara a su comentario.⁵ El Código penal de 1810 constituyó en este país la base del positivismo del siglo XIX. Y así nació la llamada “Escuela de la Exégesis”, que significó metodológicamente, el paso de un planteamiento metódico ius-naturalista a una *estricta vinculación al derecho positivo*.⁶ Su primer principio fue: “el derecho positivo lo es todo y todo el Derecho positivo está constituido por la ley”. Y el segundo: “La interpretación está dirigida a buscar la intención del legislador. Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene por misión hacer el derecho; el derecho está hecho”.⁷ Así tal exégesis debía realizarse con la sola ayuda de la interpreta-

⁴ Cfr. MIR PUIG, S., “Dogmática creadora y Política criminal”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, julio-setiembre de 1978, p. 109. Ello significó un impedimento a que la ciencia jurídica continuara ejerciendo su tradicional función creadora del derecho.

⁵ LATORRE, A., *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 132. La mayoría de los juristas en sus comentarios buscaban en el texto de la ley, a través de razonamientos lógicos, las soluciones a todos los casos que la práctica planteaba.

⁶ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976, p. 198. También en “Dogmática creadora y Política Criminal”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, julio-setiembre de 1978, p. 110.

⁷ HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la Ciencia del derecho*, 2ª ed., Madrid, 1971, vol. I, p. 81-82.

ción lógico-gramatical,⁸ con utilización del método deductivo, prescindiendo del recurso a la valoración o a la ponderación de intereses, lo que impidió que la ciencia jurídica continuase ejerciendo su tradicional función creadora del derecho. No cabe un positivismo mayor ni un racionalismo más exacerbado que prescinde, para el derecho, de toda consideración sociológica, espiritual, moral o económica, desenvolviéndose sólo en la esfera de las puras nociones.⁹ La Escuela de la Exégesis mantiene su auge durante todo el siglo XIX en el pensamiento jurídico francés, hasta que, ya, en su cima, es contenida y eliminada por la Escuela científica y, en particular, gracias a la obra renovadora y fecunda de Geny.¹⁰ En torno a 1900, la nueva doctrina francesa si bien acepta los puntos esenciales del positivismo, especialmente la clara distinción entre normas jurídicas, reglas morales y realidad social, sin embargo, se separará del positivismo primitivo al reconocer la trascendencia para el derecho de factores extrajurídicos y la adaptación del mismo a las nuevas exigencias sociales.¹¹

En Italia, a diferencia de Francia, la Escuela Clásica, cons-

⁸ Son famosas las palabras de Bugnet: “Yo no conozco el derecho civil; y no enseño más que el Código de Napoleón”; Demolombe asimismo decía: “Mi divisa, mi profesión de fe, es ésta: los textos sobre todo”, quien fue el creador de un método nuevo.

⁹ *Ibidem*, p. 85. “En este aspecto cabe poner en relación la Escuela de la exégesis con el modelo practicado por la jurisprudencia de conceptos en Alemania. Les es común, en efecto, el exagerado normativismo, su culto a la lógica, su afán por la generalización, su creencia en las abstracciones y en cuanto implique un apartamiento de la vida real. Pero ofrece la última la ventaja de partir de un más amplio círculo de lo dado, gracias sobre todo a la obra de Savigny. Y aún en el orden lógico, su cometido es más elevado, en cuanto que no se agota en la deducción y el análisis, sino que recompone, sistematiza y construye”.

¹⁰ Cfr. *Méthode d' interpretation et sources en Droit privé positive*, Paris, 1935. También debe citarse a R. Saleilles en dicha nueva doctrina. Dicho autor considera como vicio capital del sistema el inmovilizar el derecho y cerrar el paso a toda idea nueva e instaura un nuevo método llamado del clasicismo jurídico.

¹¹ LATORRE, A., *op. cit.*, p. 133.

tituida por muy varias corrientes¹² y que obedece el nombre al positivista Enrico Ferri, de la que destacó el jurista Francesco Carrara y luego la Scuola Positiva, cuyos miembros más significados fueron Cesare Lombroso (“L’uomo delinquente”), R. Garófalo (“Il criterio positivo della penalità”) y Enrico Ferri (“Sociologia Criminale”) no sustituyeron el objeto de la ciencia jurídico-penal al estricto derecho positivo, sino que en la primera siguió siendo objeto de la misma, el derecho natural, racional o ideal, y en la segunda, el delito como hecho empírico o como manifestación biológica o sociológica, y sólo finalmente en el siglo XX con la dirección técnica-jurídica (A. Rocco “Il problema e il método della Scienza del diritto penale”) el objeto de la ciencia jurídico-penal lo constituye el derecho positivo. Tanto la Escuela Clásica, primero, como la Scuola Positiva, después, lograron que la ciencia penal italiana permaneciese alejada del derecho positivo durante todo el siglo XIX. Debe tenerse presente, que una posible explicación de ello es que la unificación política de Italia no tuvo lugar hasta el año 1889, por lo que antes no existía un Código penal italiano, sino algún código penal de alguno de los Estados en que se dividía Italia antes de su unificación. Así había el código penal toscano de 1786, producto del despotismo ilustrado, y otros códigos, pero no un código penal unitario, que sirviera de derecho positivo.¹³ Ello no aconteció hasta la unificación política de Italia en que se creó el Código penal de 1889, que fue la obra más perfecta de la escuela

¹² Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del derecho Penal*, op. cit., pp. 174-175. La falta de unidad de la escuela Clásica se evidencia en un aspecto tan central como la concepción de la pena, en que hubo diferentes corrientes que siguieron caminos tan opuestos como los representados por las teorías absolutas (la retribución como exigencia de Justicia, el *quia peccatum est*) y las teorías relativas (la pena tiene como fines la prevención general y la prevención especial, para evitar la comisión de nuevos delitos, el *quia ne peccetur*).

¹³ El Código penal de Nápoles de 1831, sin embargo, ya contó con un derecho penal ajustado a los postulados liberales.

clásica, en palabras de Antón Oneca.¹⁴

La Escuela Clásica, hasta entonces, creó una magnífica construcción ideal-racional, al limitarse al estudio del insatisfactorio y fragmentario Derecho vigente. De este modo, si los Códigos franceses fueron el fruto del Derecho natural de la Ilustración, el italiano de 1889 lo fue del iusnaturalismo de la Escuela Clásica.¹⁵ Tuvo que esperarse a la aparición del tecnicismo jurídico-penal, para que el objeto de la ciencia jurídico penal pasara a ser el derecho positivo, pero para entonces ya existiría una de las más importantes elaboraciones jurídico-penales del mundo —la de la Escuela Clásica—, cuya actitud creadora no podría ya abandonarse del todo fácilmente.¹⁶

Lo que confirió unidad a la Escuela Clásica, aparte de la defensa del libre albedrío, fue el método de trabajo que empleó. Los autores “clásicos” tuvieron en común la utilización de un método racionalista, abstracto y deductivo,¹⁷ dirigido a elaborar un Derecho natural, racional o ideal, que constituía su objeto. Lo decisivo es que la Escuela Clásica se hallaba orientada en su atención hacia un Derecho ideal racional.¹⁸ El delito era conce-

14 ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, t. I, Madrid, 1949, p. 48.

15 MIR PUIG, S., *Dogmática creadora y Política criminal*, op. cit., p. 655.

16 *Ibidem*, p. 655.

17 SAÍNZ CANTERO, J.A., *La ciencia del Derecho penal y su evolución*, p. 77. Se ocupa monográficamente de la ciencia penal italiana Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, Torino, 1932.

18 MIR PUIG, S., *Introducción...*, op. cit., p. 175. Dicho autor afirma que: “el positivismo jurídico de épocas posteriores se caracterizó también por el empleo de un método racionalista, abstracto y deductivo y, no obstante la actitud metódica global de la Escuela Clásica es contraria a la del Positivismo jurídico. Lo que diferencia a las dos tendencias metodológicas es el objeto que eligen. Si el Positivismo jurídico reclama como exclusivo objeto de la Ciencia jurídica el derecho positivo, la Escuela Clásica no se agota, como en el Positivismo jurídico en la razón como instrumento para desentrañar el sentido del derecho positivo, sino que cumple, en

bido de modo puramente idealista y Carrara consideró uno de los pilares básicos de su contribución rechazar la equiparación del concepto real-social y el concepto jurídico de delito. Sólo éste, que entendió desprovisto de existencia empírica, como un *puro ente ideal*, había de constituir el objeto de atención por parte de la ciencia penal.¹⁹²⁰ El recurso al Derecho natural tenía, en la Escuela Clásica, además, un sentido político *liberal inequívoco*,²¹ en el sentido de propiciar un Estado liberal *abs-tencionista*. A todo ello hay que añadir que la pena retributiva, basada en el libre albedrío, se concebía como *único medio de lucha contra el delito*, de modo que tal sistema penal se encontraba con el problema de la criminalidad reincidente y habitual, así como el problema de los inimputables a quienes no podía imponerse una pena. Sin embargo, el importante auge de la criminalidad en la época de la industrialización en el siglo XIX y por causa de ésta no puede atribuírsele a la Escuela Clásica, como la culpó la Scuola Positiva (especialmente Ferri), sino a las circunstancias económico-sociales que trajo consigo el auge del maquinismo industrial, y que propiciaron un tránsito a un Estado intervencionista que modificara la realidad y disminuyera

primer lugar, la función de descubrimiento del propio objeto de análisis: el Derecho natural revelado por la razón”.

¹⁹ CARRARA, F., *Programa del Curso de derecho Criminal*, trad. Jiménez de Asúa, L., 2ª ed., t. I, Madrid, 1925.

²⁰ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción...*, *op. cit.*, p. 179. El método racionalista, abstracto y deductivo era incapaz de servir a los postulados de un Derecho penal social, llamado a intervenir eficazmente en la concreta lucha contra el delito, como fenómeno existente en lo social. El método abstracto de la Escuela Clásica consiguió solamente una realización formal del principio de igualdad ante la ley.

²¹ ANTÓN ONECA, J., en su *Derecho...*, *op. cit.*, p. 32. Dice que: “La escuela clásica del derecho penal surgida de la filosofía de la Ilustración, va unida en todas partes al liberalismo político. Los derechos del hombre imponen: el legalismo, o sea que la ley regule detalladamente la función punitiva para que el individuo quede a cubierto de las arbitrariedades de los jueces; y el humanitarismo, esto es: la pena debe limitarse a lo estrictamente necesario, e incluso en muchas ocasiones se dejó sacrificar la necesidad a motivos sentimentales”.

la delincuencia.

La Scuola Positiva (Lombroso, Garófalo, Ferri), a diferencia de la Escuela Clásica, sustituyó como objeto de la Ciencia penal al derecho natural por una concepción de la realidad empírica del delito, es decir, el delito como manifestación biológica²² o sociológica, como realidad empírica naturalista, que pretendió estudiar con método experimental, a consecuencia fundamentalmente del auge del Positivismo de Comte, del evolucionismo de Darwin y Spencer y del naturalismo de Moleschott, Büchner y Haeckel. Asimismo, la Scuola Positiva representa la cristalización de la concepción política intervencionista del Estado, tras haberse debilitado el liberalismo clásico. A diferencia de la Escuela Clásica, que se basaba en el libre albedrío, la Scuola positiva se basa en el determinismo del hombre, sometido a las leyes de la causalidad, al modo de las ciencias de la naturaleza, y traslada el punto de mira de la garantía del individuo a la defensa activa de la sociedad: la Defensa Social. La pena como concepto mismo debía desaparecer, no podía seguir siendo retribución de significado ético o jurídico, sino, con nuevo nombre (de “sanción”), instrumento de incidencia en la realidad externa, dirigida a la defensa de la sociedad.²³

La Scuola Positiva con sus criterios naturalistas considera que deben investigarse las causas del delito y del delincuente, y que debe utilizarse el método empírico o inductivo propio de las ciencias de la naturaleza. Lombroso en base a datos proporcionados por la Antropología Criminal considera que el delincuente es siempre un sujeto anormal, y así habla del “delincuente nato”.

²² JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Civitas, 1976, p. 58, “No cabe duda que la doctrina positivista se vio claramente influenciada por la concepción biológica entonces imperante”, y citando a Ferri: “La sociedad viene a ser considerada como un organismo al igual que el cuerpo animal. El Estado y la sociedad como verdaderos organismos vivientes tienen derecho a la propia conservación y están sujetos a las necesidades de la propia defensa”.

²³ MIR PUIG, S., *Introducción...*, op. cit., p. 180.

Su anormalidad convierte al criminal en una clase especial, que por anomalías orgánicas o físicas, representa dentro de la sociedad moderna a las primitivas razas salvajes en las que las ideas y los sentimientos morales, si existen, es en embrión²⁴ Esto lleva a considerar al delito, en la doctrina lombrosiana, subordinado al organismo humano y viene a ser un fenómeno natural. De esta forma parecen reducirse las causas de la criminalidad a factores exclusivamente orgánicos o físicos del sujeto. La teoría de Ferri, en este ámbito, es más completa, al considerar que en la formación del sujeto delincuente actúan tres tipos de factores: los antropológicos, los psíquicos y los sociales, destacando especialmente los de carácter social por su gran influencia en el crecimiento o disminución de la criminalidad. El nivel de ésta es determinado, en opinión de Ferri, “por las diferentes condiciones del medio físico y social combinadas con las tendencias congénitas y con los impulsos ocasionales de los individuos según la ley de saturación criminal”.²⁵ Asimismo, en la Scuola Positiva se destacan dos principios fundamentales: a) el de responsabilidad social; y b) el de peligrosidad social (temibilidad según Garófalo). El primero, implicaba la necesidad de que el hombre, por el hecho de vivir en sociedad, es responsable de sus actos frente a la misma. La negación del libre albedrío no excluye el derecho y el deber del Estado a exigir responsabilidad a sus ciudadanos, precisamente porque éstos son responsables socialmente en cuanto participan de la vida de la comunidad, y de la misma forma que el delincuente está determinado a delinquir, la Sociedad lo está a defenderse del delincuente.²⁶ Con el segundo principio, el concepto de temibilidad, se permitió precisar la fundamentación expresada por medio de la responsabilidad social, sirviendo como concreto módulo de graduación de la misma. La intensi-

²⁴ LOMBROSO, C., *L'huomo delinquente*, Torino, s. f., pp. 10 y 286.

²⁵ FERRI, E., *Sociología Criminal*, t. I, trad. A. Soto y Hernández, Madrid, s. f., p. 223.

²⁶ *Ibidem*, pp. 225 y ss.

dad de la defensa de la sociedad había de depender del grado de probabilidad de que el sujeto cayese en el delito. Esto se expresó primero con el término “temibilidad” y más adelante con el de “peligrosidad”. En cualquier caso, el presupuesto de la defensa social se situó en el delincuente, en lugar de buscarse en el delito, como en la doctrina clásica. Era en el sujeto en donde radicaba la peligrosidad. El delito no constituía más que una manifestación indiciaria de la peligrosidad de su autor.²⁷

En la Scuola Positiva se utilizó, como ya se ha dicho, el método experimental o inductivo, a diferencia de la Escuela Clásica que utilizó el método racionalista, deductivo. Y así se habla de Positivismo criminológico, en que la justificación de las medidas preventivas se encuentra en la idea de utilidad. La Scuola Positiva propugna organizar en un solo sistema los medios preventivos y represivos, civiles y penales, de los que la sociedad pueda disponer. Integra la pena retributiva, impotente e ineficaz en palabras de Ferri, en un concepto de sanción criminal que pueda satisfacer también las necesidades de prevención especial. Para aplicar la sanción criminal han de concurrir dos presupuestos: el delito y la peligrosidad criminal del delincuente.²⁸ Los positivistas consideran que uno de los postulados fundamentales del Derecho criminal (ya no se utiliza el adjetivo penal) es el de: “ninguna sanción sin peligrosidad del agente”.²⁹ La Scuola Positiva pretende absorber la pena retributiva y ejemplar en la medida de seguridad, que tiende a combatir científicamente la delincuencia. Al excluirse toda idea de retribución y de culpa moral en el delito, las medidas de seguridad vienen a poseer la misma función y naturaleza que las penas. Dicha Scuola se decide por un sistema monista para la lucha contra el delito, unificando pena y medida de seguridad, que vienen a ser dos especies de un mismo géne-

²⁷ MIR PUIG, S., *Introducción...*, op. cit., p. 183.

²⁸ FERRI, E., op. cit., pp. 249 y 551.

²⁹ JORGE BARREIRO, A., op. cit., p. 62.

ro: la sanción. Dicho sistema monista se plasmó en el Proyecto Ferri de 1921 del código penal italiano, que no preveía el binomio pena-medida de seguridad, sino un único tipo de sanciones de tiempo relativamente indeterminado, graduado con respecto al tipo de peligrosidad del sujeto. En otras palabras, la Scuola Positiva reclamó la sustitución de la pena por medidas de seguridad.³⁰

Lo que se ha criticado más a dicha escuela es que al regir fundamentalmente la idea de prevención especial el sistema positivista de lucha contra el delito, la protección de los derechos fundamentales puede sufrir graves peligros. El problema fundamental radica en la ausencia de límites de la postulada defensa social que lleva en sí intromisiones en la libertad del individuo, dejando indefenso a éste frente a la fuerza del poder.³¹

La “Terza Scuola” (Carnavale, Alimena 1861-1915) representa una posición intermedia (eclectica) entre las posiciones extremas de la Escuela Clásica y la Scuola Positiva, que quiso aunar el método idealista del clasicismo con el método empírico-naturalista del positivismo criminológico.³² Carnavale, pro-

³⁰ MIR PUIG, S., *Introducción...*, op. cit., p. 184. Dicho autor dice: “Mas sería equivocado pensar que con el concepto tradicional de pena se prescindió también de la utilización de la idea de represión quia peccatum est. El propio Ferri reconoce que una clase de medidas de seguridad deberá tener carácter represivo,” del propio modo que en la defensa contra las enfermedades ordinarias conviene emplear a la vez la profilaxis higiénica y la terapéutica clásica”. Pero también esta forma de represión debe individualizarse en razón a la temibilidad del delincuente y no por su culpabilidad, en lo que se manifiesta su verdadero carácter de medida de seguridad en el pensamiento de la Scuola Positiva (...) De nuevo se refleja en este planteamiento el cambio de método adoptado: al derecho criminal no corresponden sanciones dotadas de sentido valorativo o limitadas por consideraciones éticas, ni siquiera cuando consisten en la represión, sino sólo medidas que tienden a combatir científicamente la delincuencia”.

³¹ DA SILVA CORREIA, Eduardo H., citado por JORGE BARREIRO, A., op. cit., p. 66.

³² MIR PUIG, S., *Introducción...*, op. cit., p. 186.

clama, por una parte, la “reforma social” como primer deber del Estado en la lucha contra la delincuencia, pero rechaza, por otra parte, la concepción del delincuente nato de Lombroso y reclama que se distinga entre “causalidad” y “fatalidad”. Y así, según dice Jiménez de Asúa “para Carnevale, aunque más abierto a los conocimientos antropológicos, debe mantenerse la personalidad del derecho penal, ha de hablarse de “causalidad” y no de fatalidad del delito, de la que concluirá el italiano que es inadmisibles la categoría del delincuente nato, debiéndose aceptar —desde el punto de vista político criminal— la reforma social como primer deber del Estado en la lucha contra la delincuencia”.³³ La posición de esta dirección ecléctica la resume Jiménez de Asúa con las siguientes palabras:” La Terza Scuola acepta el principio de defensa social, pero no entendida ésta en el sentido naturalista, ni meramente utilitario, y basa en ella el Derecho penal, que tiene como medida la justicia y como límite el mínimo de sufrimiento individual dentro del máximo de defensa de la sociedad. La visión del delito como fenómeno individual y social, así como la negación del libre albedrío aproxima a sus defensores a la escuela positivista, en cambio, la distinción entre imputables e inimputables les emparenta con la escuela clásica”.³⁴ La Terza Scuola, no hace más que añadir al lado del derecho natural, racional e ideal —objeto de la ciencia penal de la Escuela Clásica— la realidad del delito y del delincuente, —como fenómenos empíricos— objeto de la Scuola Positiva), y junto al método racionalista idealista deductivo, propio de la Escuela Clásica, introduce el método inductivo, propio de la Scuola Positiva.³⁵

Finalmente es la llamada “Dirección técnico-jurídica”, re-

³³ JIMÉNEZ ASÚA, L., *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, t. I, 1985, p. 88.

³⁴ *Ibidem*, pp. 88 y ss.

³⁵ MIR PUIG, S., *Introducción...*, *op. cit.*, p. 187.

presentada por Rocco (1876-1942), la que ya en el siglo XX, concretamente en 1910, efectuó un cambio de rumbo de la ciencia penal, en el sentido de que aquella, tras el apartamiento y olvido por parte de la Escuela Clásica (clasicismo) y de la Scuola Positiva (positivismo criminológico) del derecho vigente, sustituye el objeto de la ciencia penal por el derecho positivo (con total rechazo de interferencias filosóficas procedentes de la realidad empírica, de ahí su nombre dirección técnico-jurídica), que había quedado en manos de una práctica falta de la imprescindible guía teórica, e influenciada dicha dirección técnico-jurídica por la ciencia penal alemana (Binding, Von Liszt y Beling) adoptará el método técnico-jurídico o dogmático seguido en Alemania con carácter general en la elaboración del Derecho Positivo.³⁶

³⁷ Dicho método, según Rocco se compone de tres fases: a) la fase analítica, exegética o de interpretación, que persigue descubrir el sentido de las proposiciones jurídico-penales; b) la fase denominada “dogmática” (término desacertado, porque toma el todo por la parte: la dogmática no es una fase, sino el método jurídico-penal en su conjunto) que podría designarse mejor como “sistemática” o “sintética” frente a la fase analítica propia de la interpretación. En ella se aplica el método inductivo sobre los preceptos jurídico-penales previamente interpretado en

³⁶ Cfr. ROCCO, A., “Il problema e il método della scienza del Diritto penale, in Opere giuridiche”, t. III, Roma, 1933, citado por Jiménez de Asúa, L., *Tratado de derecho penal, op. cit.*, t. II, p. 125. Dice Rocco: “debe reducirse la ciencia penal principalmente por no decir exclusivamente, como ya se ha efectuado hace tiempo en el Derecho privado, a un sistema de Principios de Derecho, a una teoría jurídica, a un conocimiento científico de la disciplina jurídica de los delitos y de las penas, a un estudio, en suma, general y especial del delito y de la pena bajo el aspecto jurídico, como hechos o fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico positivo. Y esta dirección, llamada técnico-jurídica, y, por añadidura de carácter especial y la única de la que puede esperarse una reconstrucción orgánica de la debilitada compaginación científica del Derecho Penal”.

³⁷ Cfr. MIR PUIG, S., “Introducción...”, *op. cit.*, p. 190. Se advierte en la dirección técnico-jurídica de Rocco el positivismo jurídico que inspira la reacción metodológica de éste.

la fase exegética. Tales resultados son las categorías conceptuales de carácter general (dogmas) y, en último término, el sistema a que cabe reducirlas. De ambos se espera poder *deducir* consecuencias relevantes para la aplicación de la ley (fase deductiva); y c) la fase denominada “la crítica”. Mientras que las dos fases anteriores se ocupan de conocer el Derecho positivo tal como es, la crítica se concreta en determinar si ese derecho positivo, previamente conocido, es, o no, como debiera ser (formulación de juicios de valor).³⁸

III. LA METODOLOGÍA EN LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ALEMANA DEL SIGLO XIX

En Alemania en el siglo XIX, a diferencia de Italia, en que el objeto de la ciencia jurídico penal fue como hemos visto, primero, el derecho natural (Escuela Clásica), luego la realidad empírica (la *Scuola positiva*) y finalmente el derecho positivo (Dirección técnico Jurídica) en el siglo XIX el objeto de la Ciencia jurídico-penal fue siempre el derecho positivo. Sin embargo, Alemania se diferencia de Francia (con el positivismo radical y la escuela exegética) en que la falta de unidad política de aquella, con la consiguiente diversidad legislativa, impidió una elaboración científica ceñida exclusivamente a una base jurídico-positiva común. A lo que debe unirse la prohibición por el Gobierno de Baviera (19 de octubre de 1813) de comentarios al Código penal bávaro de 26 de mayo de 1813, obra del jurista Paul Johan Anselm Feurbach (1775-1833), fundador de la Ciencia del Derecho penal alemán. Se creyó que bastaba la publicación de un comentario oficial en tres volúmenes efectuado por Von Güner.

Se destacan cuatro periodos fundamentales respecto del ini-

³⁸ MIR PUIG, S., *Introducción...*, op. cit., pp. 194 y 195.

cio del método dogmático:³⁹

1º.- Antes de Feurbach el derecho natural se encuentra entre las fuentes del derecho positivo. El espíritu de la Ilustración se había expresado ya en el Código prusiano de 5 de febrero de 1794 (*Landrecht für die Preussischen Staaten*), (cuyo autor fue Klein), fruto de las ideas político-criminales de Federico el Grande, aunque promulgado por su sucesor, Pero dicho código era todavía un inequívoco exponente del absolutismo, siquiera en su versión de despotismo ilustrado.⁴⁰

2º.- Desde la promulgación del Código Bávaro de 1813 de Feurbach (autor del aforismo *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, y de la concepción de la pena basada en la prevención general en forma de intimidación psicológica) hasta 1840 tiene lugar un predominio del derecho positivo con la ayuda de principios absolutos del derecho natural racional e ideal, como modo de compensar la falta de unidad política legislativa y de la posibilidad misma de comentar el primer código liberal que era el código de 1813. De 1820 al periodo hegeliano (1840-1870) también se acudió ala ayuda de principios históricos Wächter, Mittermaier y Biener, reflejo, sobre todo el último, del espíritu de la Escuela Histórica de Savigny.

3º.- De 1840 a 1870 tiene lugar el periodo que Kohlrausch llamó de “tiranía” de la filosofía hegeliana, en que se mezcló el Derecho positivo y la filosofía. Según la metodología hegeliana “lo que es racional (lo que responde a las exigencias de la razón, el derecho ideal) es real (derecho positivo) y lo que es real es racional”. Se produce una confusión del Derecho positivo y el

³⁹ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 127. “Como métodos dogmáticos suelen designarse aquellas direcciones metodológicas que, arrancando de la Escuela Histórica, imperan en el siglo XIX, en Alemania, y llegan a nuestros días, por más que desde hace muchos años se venga proclamando la necesidad de su revisión”.

⁴⁰ MIR PUIG, S., “Dogmática creadora y política criminal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, julio-setiembre 1978, p. 655.

racional, en que prevalece el derecho racional.

4°.- En la última parte del siglo XIX, tras la unificación política alemana en 1871 en que se promulgó el primer Código penal de ámbito general en toda Alemania tiene lugar el auge del positivismo jurídico:” no hay más derecho que el que cada ordenamiento jurídico impone como tal”,⁴¹ que constituye la manifestación última y más extrema del liberalismo clásico, y cuyo representante más importante es Karl Binding (1841-1920), en base al método analítico y formalista de la jurisprudencia de conceptos (Begriffjurisprudenz),⁴² que pasó a convertirse con su obra *La teoría de las normas*, en “normativismo formalista”,⁴³ seguido por Merkel⁴⁴ y Beling. El positivismo jurídico negó la licitud de introducir juicios de valor o referencias a la realidad metajurídica (ideal) en la tarea dogmática. Según el método positivista “debe abstenerse el jurista o intérprete de entrar en valoraciones éticas o de tener en cuenta las implicaciones de las nor-

⁴¹ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 127 y 131. “Misión de la ciencia jurídica es investigar los materiales concretos suministrados por el ordenamiento jurídico y elaborarlos, formando una unidad sistemática, mediante procedimientos lógicos (...) Con los materiales suministrados por el derecho positivo, se ‘construyen’ los conceptos, y con éstos, integrándolo armónicamente, se ‘construye’ el sistema”.

⁴² *Ibidem*, p. 85. Dicho método se llama también “conceptualismo jurídico”. “Le es común a la Escuela de la exégesis francesa, el exagerado normativismo, su culto a la lógica, su afán por la generalización, su creencia en las abstracciones y en cuanto implique un apartamiento de la vida real (...) Pero, aún en el orden lógico, su cometido es más elevado, en cuanto que no se agota en la deducción y el análisis, sino que recompone, sistematiza y construye”.

⁴³ Por “norma” entiende una entidad puramente jurídica ubicada en el derecho público y no como norma social de cultura. Binding concibe la pena como pura retribución sin ningún fin trascendental.

⁴⁴ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción...*, *op. cit.*, p. 216. Merkel en la llamada lucha de escuelas, en que Binding y Von Liszt sustentaron las dos posiciones contrapuestas, adopta una posición media o ecléctica entre el positivismo jurídico normativista puro de Binding y la concepción social de Von Liszt, y ello al encontrarse con una nueva época, para salir al paso del aumento de la criminalidad habitual.

mas en la realidad social”. Y así tiene lugar un aislamiento del derecho de la realidad social, respecto de los métodos propios de las ciencias de la naturaleza. Dicho método positivista aseguraba la vinculación del juez a la ley, al ofrecerle claros y bien delimitados conceptos, “formalizados” al máximo con arreglo a la lógica.⁴⁵

La jurisprudencia de conceptos proclama el culto rendido a los conceptos, es decir, su hegemonía, y el sacrificio ante ellos de los intereses vitales, todo ello unido al imperio de la norma frente a los hechos. Por jurisprudencia de conceptos hay que entender el método utilizado, principalmente, por la ciencia jurídica alemana para la elaboración dogmática del derecho y propugnado para su aplicación, con posterioridad a la Escuela histórica. Sus verdaderos instauradores son los pandectistas (Windscheid es el artífice).⁴⁶ También hay que mencionar a la cabeza del conceptualismo jurídico al discípulo de Savigny, Puchta en quien aparecen unidos el culto al derecho romano y el culto a la lógica. A dicho método no escapan tampoco los cultivadores

⁴⁵ Binding, sin embargo, no fue nunca un esclavo de la letra de la ley, sino que buscó siempre el espíritu que la inspira. Asimismo, se debe al mismo la teoría objetiva de la interpretación de las normas jurídicas. Sostiene dicho autor la voluntad objetiva de la ley frente a la teoría subjetiva de la voluntad histórica del legislador, como objeto de interpretación.

⁴⁶ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 158. Considera Windscheid que, superado el plano de la interpretación, cometido de la elaboración científica del derecho es desarrollar los conceptos contenidos en las normas. El pensamiento contenido en éstas se encierra en conceptos. Por medio de la interpretación se determinan. Luego es preciso resolver los conceptos en sus partes constitutivas, indicar los elementos del pensamiento contenidos en ellos, ver si estos elementos son a su vez agregados de otros más simples. Tómese como ejemplo la compraventa. Esta es un contrato mediante el cual se cede una cosa por dinero. En la compraventa se integran otros conceptos, en los que además se integran otros. Así, en primer término, se dice que la compraventa es un contrato. ¿Y qué es contrato? El negocio jurídico que tiene lugar cuando dos o más declaraciones de voluntad entran entre sí en cierta relación. ¿Y qué es negocio jurídico? Una declaración de voluntad privada que debe producir un determinado efecto jurídico. ¿Y qué es declaración de voluntad? ¿Y qué voluntad? (...) Así sucesivamente...”.

del derecho privado alemán.⁴⁷ Debe decirse que el formulador más acabado de la jurisprudencia de conceptos, y a la vez su mayor detractor, fue Jhering (1815-1890),⁴⁸ quien más tarde evolucionó a favor de la jurisprudencia de intereses, formulada por Heck, manifestación de la jurisprudencia teleológica defendida por Jhering.

El positivismo normativista de Binding se oponía abiertamente a las nuevas corrientes que reclamaban un acercamiento a la realidad empírica del delito y la pena, y rechazaba las nuevas tendencias naturalísticas.

Frente a Binding, nos encontramos con Franz Von Liszt, quien introduce el positivismo naturalístico, utilizando el método empírico propio de las ciencias de la naturaleza respecto del estudio científico del delito y del delincuente, pero al propio tiempo, y por eso constituye una posición ecléctica, manteniendo el Derecho penal como la barrera infranqueable de la Política Criminal, y dentro del mismo el método jurídico. Por eso se habla de "lucha de escuelas" entre Binding y Franz Von Liszt. Éste no llegará nunca a los extremos de la Scuola Positiva de sustituir el objeto de la ciencia jurídico penal, que en vez de ser el derecho positivo pasó a ser la realidad empírica.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 131.

⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 134 y 135. Jhering explica las operaciones que comprende la construcción jurídica, partiendo de dos fórmulas: "la simplificación cuantitativa" y la "simplificación cualitativa". La primera, que afecta a la selección de materiales, se halla integrada por las siguientes operaciones: a) análisis de la materia; b) consideración lógica; c) orden sistemático; d) terminología jurídica y e) empleo hábil de aquello que existe. Por su parte, el cometido de la simplificación cualitativa es la construcción jurídica.

IV. ESPECIAL MENCIÓN A FRANZ VON LISZT

Franz Von Liszt (1851-1919), nacido en Viena, estudió derecho en la Universidad de Viena entre 1869 a 1873, teniendo como profesores, entre otros, a Von Stein (1815-1890), Jhering (1818-1892) y como profesor de derecho penal a Walhberg (1831-1885). Pasó a Alemania como catedrático de derecho penal de Giessen (1879-1882), Marburgo (1882-1889), Halle (1889-1899) y Berlín, enseñando derecho penal y procedimiento criminal (en el semestre de invierno) y Filosofía del derecho Constitucional y Derecho Internacional Público, en verano desde 1899 hasta su jubilación en 1916, falleciendo el 21 de junio de 1919.

La influencia sobre él de su profesor Jhering es muy acusada. Éste fue el mayor formulador y expositor del conceptualismo jurídico, o jurisprudencia de los conceptos, siguiendo los pasos de Savigny y Puchta, en la primera fase de su vida, y así explica que la jurisprudencia de conceptos significa la reducción a conceptos de las proposiciones jurídicas y relaciones jurídicas, su enlazamiento formal y su constitución en sistema. Y la noción central es el sistema. Y así afirma dos postulados: primero: la Ciencia del Derecho no es una ciencia de contenidos, sino una ciencia de conceptos formales extraídos de la materia normativa de los órdenes jurídicos singulares; y segundo: Todo Derecho posee de por sí una estructura sistemática que es susceptible de conocimiento y de exposición. Y divide la jurisprudencia del derecho en dos grandes clases: a) la jurisprudencia inferior y la jurisprudencia superior. La primera tiene como labor la “interpretación”, o sea, captar el sentido de las normas jurídicas, eliminando sus contradicciones aparentes, sus oscuridades, sus vaguedades, sacando a la luz el contenido fiel de la voluntad legisladora; en suma, “partiendo de las determinaciones concretas

llegar al principio que se halla en su base, y partiendo de éste llegar a todas sus consecuencias”.⁴⁹ La jurisprudencia superior tiene por objeto indagar los conceptos jurídicos, que son el objeto de dicha jurisprudencia superior. Así el derecho se concibe como “una arquitectura lógica”, en que los conceptos son entes autónomos y atemporales, desprovistos de todo factor social. Pues bien, en la segunda fase de su vida Jhering será el mayor crítico del conceptualismo jurídico, a partir de los años 70 del siglo XIX y experimentará un vuelco absoluto hacia el sociologismo. Desde entonces y hasta el final de su vida, el Derecho será para él fruto del esfuerzo humano, guiado por las necesidades sociales. Y así los conceptos jurídicos son tan sólo uno de tantos medios para el entendimiento del derecho. Fuentes principales de su nuevo pensamiento son: a) la ética de los economistas y utilitaristas ingleses; y b) la obra de Montesquieu, a quien Jhering llama “el padre de los espíritus de los pueblos”. Su nuevo pensamiento ya aparece en el prólogo de su trabajo, el *Espíritu del Derecho Romano*, en que dice: “El impulso de la vida ha hecho nacer al Derecho y lo mantiene en continuada realidad externa”.⁵⁰ Y más adelante, afirma: “Nada más equivocado que ver en el derecho algo así como un sistema filosófico y juzgarlo desde su articulación y su unidad lógica”.⁵¹

Jhering combate acérrimamente el conceptualismo, en su intento de hacer de la jurisprudencia una ciencia encerrada en sí misma, sin relación, ni siquiera referencia, a la realidad social. Y así escribe: “El jurista calcula con sus conceptos como el matemático lo hace con sus cantidades, si el resultado es lógicamente correcto, no tiene que preocuparse más” Y, en vez de considerar los conceptos autónomos e intemporales, como hace el concep-

⁴⁹ JHERING, *Gheist des Rómischen Rechtsauf den Vershiedenen Stufenseiner Entwicklung*, (El espíritu del Derecho romano), Leipzig, 1923, p. 358.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 36.

⁵¹ *Ibidem*, p. 48.

tualismo jurídico, afirma que los conceptos jurídicos son empíricos “formas de concentración de proposiciones jurídicas materiales, y por tanto inducibles de un material concreto”,⁵² “El Derecho no nos es dado como una herencia multiseccular, sino que es esencialmente quehacer pragmático, respuesta reflexiva de la sociedad a sus necesidades y requerimientos”. “El derecho se halla situado en el marco de la dinámica social presente”.⁵³

Es importante destacar la obra de Jhering, titulada *Der Zweckim Recht* (1877-1883), (“El fin en el Derecho”), en que afirma en el prólogo su propósito: “la idea fundamental de esta obra consiste en que el fin es el creador de todo el derecho, que no hay una sola proposición jurídica que no deba su origen a un fin, es decir, a un motivo práctico”.⁵⁴ Asimismo postula al lado de la ley de causalidad la ley de la finalidad, afirmando que el hombre obra siempre con vistas a un fin.

A Jhering se le considera el iniciador de la jurisprudencia de intereses, el punto de vista de Jhering es que en el estudio del Derecho hay que tener ante todo en cuenta su “finalidad”. Ésta es la protección de intereses. Todo individuo tiende a satisfacer esos intereses y la ley sirve precisamente para regular su satisfacción dentro de una comunidad, en que los intereses de cada uno se han de armonizar con los de los demás.

La sociedad existe, precisamente para conseguir esa satisfacción de los intereses que sería imposible sin ella, y para cumplir sus fines uno de los instrumentos necesarios es el Derecho, que actúa en forma coactiva gracias al poder del Estado. Jhering, insiste, en el hecho de que la vida social supone la existencia de un interés colectivo por encima de los intereses individuales,

⁵² JHERING, *Jurisprudencia en broma y en serio*. trad. de R. Riaza, Madrid, 1933, p. 363.

⁵³ *Ibidem*, p. 315.

⁵⁴ JHERING, *Der Zweck im Recht*, t. I, p.V.

y que ese interés colectivo es el que protege el Derecho.⁵⁵ La jurisprudencia de intereses ha sido posteriormente propulsada por Heck (estudioso del derecho privado alemán) en 1889, al publicar su obra *La avería Gruesa, y Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner* (“Archiv”, 1936). La jurisprudencia de intereses es una crítica de la jurisprudencia de conceptos y, además, es un método nuevo. Su punto de partida fundamental se cifra en orientar los problemas del derecho hacia la vida y sustraerlos al primado de la lógica, donde permanecieron sumidos largo tiempo. No basta aplicar el derecho a la vida; hay que ver en ella la fuente del derecho. Los elementos a barajar son: 1) las normas; 2) los intereses vitales, y 3) los conceptos ordenadores de la ciencia. Las normas tienen un contenido imperativo, pero se hallan subordinadas a la representación mental de sus efectos sobre la vida humana. Se proyectan sobre ésta, que es conflicto de intereses. El interés revela la significación de los bienes de la vida para el hombre; así su deseo de posesión, consciente o inconsciente. Los intereses admiten innumerables variaciones, pueden ser económicos, artísticos, científicos. Ideales; en suma, materiales y espirituales. Los conceptos ordenadores son representaciones de mandatos e intereses, con el fin de llevar a cabo su elaboración y clasificación y son construidos unas veces por la ciencia y otros por la legislación. Heck afirma: “Nosotros también formamos conceptos abstractos y concretos como la antigua doctrina; pero buscamos, en último término, el efecto sobre la vida concreta, que no se alcanza sólo por medio de conceptos concretos”.⁵⁶ Ahora bien, continúa Heck, “los conceptos generales son para nosotros, no fundamentos causales de las normas, sino únicamente conceptos de orden”. Lo fundamental es la vida en toda su extensión, que no se puede albergar sólo en conceptos concretos. Sería por ello inexacto decir que la jurisprudencia de

⁵⁵ LATORRE, A., *op. cit.*, p. 162.

⁵⁶ GONZÁLEZ, J., “Jurisprudencia de intereses”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1935, p. 564.

intereses quiere desplazar los conceptos generales; lo que lleva a cabo es una utilización distinta de los mismos; los coloca en segundo plano. La realidad concreta está por encima de todo. La norma procede de las necesidades vitales y es anterior a su inclusión en un concepto.⁵⁷

Von Liszt, influenciado por su maestro Jhering, en el denominado Programa de Marburgo de 1882, dio una lección inaugural en la Universidad de Marburgo al tomar posesión como catedrático de derecho penal en dicha Universidad llamada “Der Zweckgedankeim Strafrecht” (“La idea de fin en Derecho”),⁵⁸ en que basándose en el pensamiento de Jhering, en la segunda fase de la vida de éste, lo aplica al derecho penal.

Y así construye Von Liszt el concepto de pena-fin (Zweckstrafe), o pena-defensa (Schutzstrafe) que consiste en considerar que la pena tiene el fin de protección de los intereses de la vida humana de la comunidad reconocidos por el derecho, mediante fundamentalmente la prevención especial, es decir, la coacción frente al delincuente. Las clases de pena se determinan de acuerdo con sus fines esenciales de corrección, intimidación e inocuización. La pena está destinada a realizar las funciones siguientes: 1^a) Corregir a los criminales susceptibles de corrección; 2^a) Intimidar a los no necesitados de corrección, y 3^a) Inocuizar a los incorregibles. Así el derecho tiene por misión peculiar la defensa más enérgica de dichos intereses, especialmente dignos y necesitados de protección a través de la pena. Ésta tiene como fin la tutela de los bienes jurídicos. La pena sólo será justa en cuanto resulte necesaria para la protección de aquellos intereses, es decir, en la medida en que se adapte a la idea de fin.⁵⁹

La doctrina de Liszt tiende hacia un concepto utilitario de

⁵⁷ HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 299-300.

⁵⁸ VON LISZT, *Der ZweckgedankeimStrafrecht*, vol. II, Leipzig, 1877-1884.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 31.

pena, siguiendo a Jhering, aunque hay que advertir que su postura es ecléctica, por cuanto admite la prevención general, pero prevaleciendo la prevención especial. La única pena retributiva fecunda y que puede mantenerse es la pena-defensa. La antítesis entre quia peccatum y ne peccetur, no tiene razón de ser según Von Liszt. El fin de la pena reúne como un haz los de prevención general y especial. Así la pena destinada a retribuir se determinará no a través del concepto abstracto de delito sino en base a la acción del delincuente. Para Liszt represión y prevención no se encuentran en oposición, tampoco, sin embargo, situadas en un mismo plano.⁶⁰

Es muy importante la concepción material que tiene Von Liszt sobre el bien jurídico, que junto a la pena constituye el segundo pilar fundamental del pensamiento de Von Liszt. Así, afirma que éste es un interés de la vida, previo al Derecho, que surge de las relaciones sociales, pero admite que dicho interés vital no se convierte en bien jurídico, hasta que es protegido por el Derecho. Es éste quien decide entre los intereses sociales cuáles deben convertirse en bienes jurídicos.

En cuanto al método peculiar y propio de Von Liszt, es el positivismo naturalístico, que es una corriente especial del positivismo científico, frente al positivismo jurídico puro o estricto de Binding. Así, Von Liszt traslada a la ciencia penal los métodos propios de las ciencias de la naturaleza, especialmente de la biología, atendido el importante apogeo de las ciencias de la naturaleza en general y del evolucionismo de Darwin (1859) en el siglo XIX, pero sin llegar a las últimas consecuencias más extremas a que se llegó con la Scuola Positiva y el positivismo criminológico de llegar a sustituir el objeto de la ciencia jurídico-penal por la realidad empírica, manteniendo el derecho positivo como objeto de la ciencia penal. Así, para poner algún ejemplo, Von Liszt considera a la “acción” (positiva) como un movimiento corpo-

⁶⁰ *Ibidem*, p. 45.

ral, causado por un impulso de la voluntad, movimiento que a su vez, causa una modificación del mundo exterior. Concepto causal de acción que constituye una consecuencia del enfoque científico-naturalista de la metodología jurídico-penal, influida por el optimismo científico producido por el espectacular progreso de las ciencias naturales en el siglo XIX. Dicho concepto constituye en la dogmática alemana el pilar del esquema clásico del delito.⁶¹ La acción positiva es un concepto prejurídico, que procede del mundo real, y la causalidad se contempla como un elemento de la acción, necesario y suficiente del delito (de resultado).

Asimismo, Von Liszt viene a considerar a la acción, el género (*genus proximum*), y la antijuridicidad y la culpabilidad como las especies de la misma (*differentia specifica*), siguiendo un planteamiento naturalista. Asimismo, en el concepto clásico de delito de Von Liszt, se distinguía la parte externa u objetiva (la acción y la antijuridicidad) y la parte interna o subjetiva, (la culpabilidad, en su concepción psicológica). El propio Von Liszt en un conocido trabajo suyo⁶² (citado por Mir Puig, S. en *Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del derecho Penal*, en “Derecho penal y Ciencias Sociales”, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982), explicitó las diferentes consecuencias de su planteamiento y del de Binding en dos puntos básicos de la Dogmática del delito: “en los conceptos de acción y de bien jurídico, que mientras Binding entendía como entidades puramente jurídicas, Von Liszt concebía como realidades de la vida

⁶¹ Explica MIR PUIG, S., en *Derecho penal*. Parte General, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, en la p. 189, que: El “impulso de voluntad” sólo importaba en cuanto causa de la conducta externa, por lo que era indiferente cuál fuera el contenido de la voluntad y si se dirigía o no a realizar el hecho producido, con tal de que hubiera causado el movimiento corporal externo. La dirección final de la voluntad no se toma en cuenta por el concepto causal de acción.

⁶² VON LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, en Strafrechtliche Ansätze und Vorträge*, Berlin, 1905, reimpresión fotomecánica de 1970, pp. 222 y ss.

que el Derecho viene a sancionar”.

Debe reconocerse a Von Liszt ser el fundador del Derecho penal moderno y del sistema de delito, como dice Frisch.⁶³

En efecto, Von Liszt es el primero que en su Tratado de Derecho penal alemán (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*), publicado en 1881, cuando Von Liszt contaba sólo 30 años de edad, comprende en la teoría del delito las categorías de acción, antijuridicidad y culpabilidad.⁶⁴

El tratado está construido de la misma manera en que lo están la mayoría de tratados hoy en día. Comienza con algunas explicaciones sobre la esencia del Derecho penal, a las que siguen manifestaciones sobre el fin y la función del Derecho penal y sobre algunos conceptos esenciales del derecho penal (la norma penal, el delito y la pena junto con las teorías de la pena). Tras algunas aclaraciones —situadas entre medio— sobre las fuentes del Derecho penal, se contiene en un primer libro de la Parte general la formulación del concepto de crimen (*Verbrechen*) — hoy: el delito o hecho punible (*Straftat*)—, para los que los *topoi* rectores son el concepto de acción y su contrariedad a la norma o antijuridicidad, su culpabilidad y su conminación con pena (en ausencia de causas de exclusión de la punibilidad). A esta formulación básica le siguen reflexiones sobre las formas individuales de aparición de la acción criminal (esto es, conminada con pena), en las que se abordan la consumación, y tentativa, la autoría y participación, así como los casos de unidad y pluralidad de la acción criminal. El segundo libro de la Parte general trata la pena con sus distinciones, los marcos penales y la medición de la pena. La Parte especial se orienta, en cuanto esquema clasificatorio, en función de los bienes jurídicos protegidos por las leyes penales, apareciendo dos únicos grupos: las acciones

⁶³ FRISCH, W., Franz Von Liszt WERK und Wirkung (Franz von Liszt □ Obra e influencia □), trad. Ivó Coca Vila.

⁶⁴ Más tarde Beling añadiría la categoría de la tipicidad.

punibles contra bienes jurídicos del individuo y las acciones punibles contra bienes jurídicos de la generalidad.⁶⁵

Los manuales del tiempo de Von Liszt, en cambio, se encontraban notablemente alejados de la sistemática transparente del delito de Von Liszt. No se distinguían claramente las categorías dogmáticas de acción, antijuridicidad y culpabilidad, englobando las mismas en el concepto superior de imputación derivado de Puffendorf, lo que creaba confusión.

El mérito (y no las contradicciones o antinomias, como dicen algunos, de su pensamiento) de Von Liszt es haber adoptado una posición de equilibrio entre el Derecho penal —y las garantías propias del mismo derivadas del liberalismo y del Estado Liberal, como el principio de legalidad—, y la Política Criminal.

Von Liszt considera el Código penal, como “la Magna Carta” del delincuente. No protege al orden jurídico, ni a la colectividad, sino al individuo a ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales. El doble aforismo: “Nullum crimen sine lege, nullapoena sine lege” es el bastión del ciudadano frente a la omnipresencia estatal, frente al desconsiderado poder de la mayoría, frente al Leviathan.

Von Liszt concibe el Derecho penal, al modo del liberalismo, como el poder punitivo del Estado jurídicamente limitado.

Pero al lado del Derecho penal Von Liszt añade a la dogmática jurídico penal, (al Derecho penal), el estudio científico de las causas del delito y del delincuente tratados empíricamente, constituyendo una manifestación del intervencionismo del estado social —con la aparición en la industrialización de una nueva clase, el proletariado, que exige intervención social—, que va el estado social por la lucha eficaz contra el delito, para disminuir el importante aumento de la criminalidad en la época de la industrialización. Por ello, la dirección de Von Liszt es

⁶⁵ *Ibidem*, p. 3.

sociológica, destacando el resto de su vida por los quehaceres político-criminales.

Y así intentó fundar la Ciencia global del Derecho penal (*Strafrechtswissenschaft*), entendiendo por ella no sólo el derecho penal sino además la Criminología y otras ciencias empíricas como la Antropología la Estadística, la Política Criminal, etc., Pero debe advertirse que la *gesamte Strafrechtswissenschaft* mantuvo, en la concepción de Von Liszt, en principio, una total separación de la explicación empírica (criminológica) y jurídica del delito. La integración de los conocimientos empíricos y los jurídicos en la *gesamte Strafrechtswissenschaft* es, en realidad, producto de una considerable modificación de la función del jurista del derecho penal en la sociedad. Su tarea, de acuerdo con las nuevas ideas, no se agotará en la dogmática clásica, es decir, en la elaboración sistemática de los conceptos que sirven a la aplicación del Derecho, sino que asumirá también el papel de promotor y proyectista de la reforma penal. En 1893 Von Liszt se refirió a este tema al considerar el programa de la *Internationale Kriminalistische Vereinnigung* “Unión de Derecho Penal”, que fundó con los profesores Adolphe Prins, de Bruselas, y G., Adolf von Hael, de Amsterdam.⁶⁶

La lucha contra el delito, sin embargo, en el sistema de Von Liszt no se efectúa sin límite alguno, pues limita la Política criminal al Derecho penal. Y así dice que: “El derecho penal es la barrera infranqueable de la Política Criminal”. Ello significa, que los principios garantistas conquistados con el liberalismo —en la Revolución francesa— se defienden los derechos del hombre y se establecen límites garantistas al *ius puniendi* del Estado, (cuyo exponente más claro es la Escuela Clásica italiana) se mantienen en la obra de Von Liszt, y constituyen un límite a la Política

66 BACIGALUPO, E., “Dogmática criminal y Criminología”, en *Derecho penal y Ciencias sociales*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona-ed., S. Mir., 1982, pp. 56 y ss.

Criminal. Por eso se ha dicho que Von Liszt es “un liberal de izquierdas”, más que un propio socialista, aunque es innegable su planteamiento sociológico. En realidad, Von Liszt efectúa un primer intento de conciliación de dos principios antagónicos, como son el Estado Social (intervencionista) y el Estado de Derecho (garantista, principio de legalidad), que finalmente se obtendría en la Ley Fundamental de Bon vigente en la actualidad.

En este trabajo orientado a la metodología de la Ciencia jurídico-penal interesa más Von Liszt como dogmático, que como político criminal, aunque utiliza el método empírico en la indagación de las causas del delito y del delincuente. Tiene razón Frisch, cuando dice que el significado de Liszt en el ámbito de la dogmática ha sido notablemente subestimado, mientras que su trascendencia como político-criminal ha sido sobreestimada.

La influencia de Von Liszt, ha perdurado en el tiempo gracias a sus discípulos, llegando a afirmarse el “retorno” de Von Liszt en el Proyecto Alternativo alemán de 1966, que abrió paso a la contemplación de la problemática social del Derecho penal, frente a la perspectiva espiritualista del proyecto Oficial de Código Penal alemán del año 1962. Años después, en 1969 se efectuó un Libro Homenaje que se dedicó a la memoria de Von Liszt, a los 50 años de su muerte como símbolo de la vuelta a su pensamiento. Asimismo, Jiménez de Asúa (1897-1981), discípulo de Von Liszt, escribió un artículo denominado “Corsi e ricorsi”. “La vuelta de Von Liszt”, que se publicó en la revista Bonaerense “Nuevo pensamiento Penal”, año I, número 2, mayo-agosto de 1972, p. 191-213, habiéndose reproducido dicho artículo en la traducción efectuada del trabajo de Von Liszt “La idea de fin en el derecho Penal”, en 1984 por Edeval, Facultad de Derecho y Ciencias Penales de la Universidad de Valparaiso de Chile y de la Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), con introducción de D. Manuel de Rivacoba, en que se retorna al pensamiento de Von

Liszt, nunca del todo abandonado, —abominándose de la pena como retribución— y se vuelve los ojos a aquél. Y durante los años setenta se confirmaría la tendencia a contemplar el Derecho penal en su relación con la realidad social. Y algunos, como Mir Puig, S., ya afirman sin ambages que el derecho penal es una verdadera Ciencia social de naturaleza factual, entendiendo que las normas jurídicas son "hechos sociales", constituyen una expresión fáctica de la voluntad, también fáctica de los legisladores. Las normas son obras humanas, han sido hechas por los hombres, no constituyen entidades separadas de la realidad. Son hechos del hombre que integran una parte fundamental de su quehacer social, la actividad legislativa (...) También es un hecho social la concreción del sentido del texto normativo en el proceso de aplicación de la ley.⁶⁷

V. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917

Se cumple un centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 5 de febrero de 1917.

Dicha Constitución sienta ya en el Capítulo I, titulado: "De los Derechos Humanos y sus Garantías", la plena afirmación constitucional de los derechos del hombre, lo que constituye una herencia del pensamiento liberal derivado de la Revolución francesa, e iniciado con el célebre pensador Césare Beccaria, autor De los delitos y de las penas, frente al poder absoluto de L'Anciene Régime, que había que limitar a favor de la liber-

⁶⁷ MIR PUIG, S., "Sobre la posibilidad y límites de una Ciencia Social del Derecho penal", en *Derecho penal y ciencias sociales*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona-ed. S. Mir., 1982, pp. 20 y ss.

tad del individuo, así como humanizar las penas y su ejecución. Especialmente de Montesquieu proceden muchas de las ideas críticas de Beccaria sobre materias jurídico-penales. Y en términos generales, el *esprit de moderation* de aquel gran pensador reaparece en el libro de Beccaria. Puede, pues, afirmarse que la ideología liberal está presente en la Constitución mexicana de 1917. Asimismo es de destacar que en su artículo 14⁶⁸ se afirma el llamado principio de legalidad, ya presente en Beccaria, pero lineado por Feurbach bajo la fórmula latina *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, autor del primer código penal liberal de Baviera de 25 de mayo de 1813, basado en su concepción de la prevención general en forma de intimidación psicológica.

Ello constituye una garantía del Estado de Derecho, que limita el *ius puniendi* o derecho de castigar del Estado a la ley dictada por los representantes del pueblo en el Congreso (garantía política), que no es sino la voluntad general.

Ya en el Código penal de 1871 mexicano –que tuvo como modelo el Código Penal español de 1870– se adoptó la ideología liberal proveniente de la declaración Universal de los Derechos del Hombre, y contaba con 1.151 artículos, lo que constituía un casuismo extremo, propio del positivismo jurídico de la época y una concepción retribucionista de la pena.

Pero el primer código penal mexicano, ya emitida la Constitución de 1917, no es sino el Código de 1929, de 1.228 artículos (casuismo extremo), influido por las ideas del positivismo

⁶⁸ El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna (...) Nadie podrá ser privado de libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho (...) En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

criminológico de la *Scuola Positiva*, destacando la previsión del estado peligroso, (art. 32) y el considerar el delito como un síntoma de temibilidad (art.161), terminología acuñada por Garófalo.⁶⁹

El Código penal mexicano de 1931, más moderado, viene a acoger el planteamiento de Franz Von Liszt de que el derecho penal es la fase jurídica y la ley penal el límite de la política criminal, es decir, la simbiosis de la nueva filosofía social y el sentido de garantismo del derecho penal liberal. Así como la concepción social del bien jurídico, como interés de la vida previo, que al ser reconocido por el derecho se convierte en bien jurídico, siendo la finalidad de la pena la protección del orden social, de los bienes jurídicos.

Creo poder decir, que México tiene un sistema penal propio de un Estado de Derecho y de un Estado Social, una conciliación de principios antagónicos de ambos tipos de Estado, en que se busca la eficacia de la pena pero limitada por el principio de legalidad y demás garantías jurídico-penales, procesales y jurisdiccionales.

La influencia de Von Liszt es importante al ser el representante de la concepción clásica de delito –junto con Beling, que introdujo la tipicidad de la conducta– al establecer por primera vez las categorías dogmáticas de acción, antijuridicidad y culpabilidad.

⁶⁹ GAROFALO, R., *Il criterio positivo della penalità*, Nápoles, 1850.